

PROCESSO Nº: 1.101.624 (ELETRÔNICO)
NATUREZA: REPRESENTAÇÃO
ÓRGÃO: PREFEITURA MUNICIPAL DE PARÁ DE MINAS
REPRESENTANTE: MAURA LÚCIA DE FARIA (PRESIDENTE DA CÂMARA DO FUNDEB DO CONSELHO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE PARÁ DE MINAS)
RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ
ANO REF.: 2020

EXAME INICIAL

I. INTRODUÇÃO

Versam os presentes autos acerca da Representação oferecida pela Sra. Maura Lúcia de Faria, Presidente da Câmara do Fundeb do Conselho Municipal de Educação do Município de Pará de Minas, por meio do qual solicita que este Tribunal se manifeste acerca da legalidade da agregação por parte da Secretaria Municipal de Educação, de entidades que ofertam atendimento assistencial para crianças no contraturno, bem como a legalidade de despesas geradas pelas demandas de colônia de férias e compra de materiais da Positivo (Peça nº 05 – SGAP).

Em exame de admissibilidade, o Conselheiro- Presidente determinou a autuação de toda documentação como Representação, nos termos do art. 310 do Regimento Interno (Peça nº 12 – SGAP).

Em síntese, a representante apontou as seguintes possíveis irregularidades (Peça nº 05 – SGAP):

- 1) Despesas com colônia de férias pagas com recursos da educação;

- 2) Pagamento de despesas de Projetos Sociais com subvenções aprovadas por lei municipal – Educação para projetos sociais e também com recursos Educação (mesmo que seja nos 25%); e
- 3) Da contratação direta do Sistema de Ensino Aprende Brasil, por meio de inexigibilidade de licitação, cujo propósito é a aquisição de livros didáticos integrados de exclusividade da Empresa Positivo S.A.

Em 26/04/2021, o processo foi distribuído para relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz (Peça nº 13- SGAP).

Nesses Termos, o Conselheiro-Relator encaminhou os autos a esta Unidade Técnica para análise inicial (Peça nº 14 – SGAP).

Como medida de complementação de instrução processual, esta Coordenadoria requereu a realização de diligência para que o Sr. Elias Diniz (Prefeito de Pará de Minas) encaminhasse a documentação arrolada necessária ao exame dos fatos representados (Peça nº 15 – SGAP).

Regularmente intimado, o agente público se manifestou, bem como acostou, aos autos, os documentos requeridos (Peças nº 22/26 – SGAP).

Posto isso, os autos retornaram a esta Unidade Técnica para análise inicial (fl. 2 – Peça nº 27 – SGAP).

I. FUNDAMENTAÇÃO

II. 1 Despesas com colônia de férias pagas com recursos da educação

A representante alegou que as despesas com colônia de férias foram pagas com recursos da Educação. Mencionou que o Conselho Municipal de Educação do Município de Pará de Minas não possui assessoria jurídica. Em decorrência disso, a representante solicitou esclarecimentos sobre a legalidade dessa despesa.

Por meio do ofício nº 070/20, a Secretaria Municipal de Educação (SMED) informou que este pagamento foi efetuado com recursos próprios do município de Pará de Minas.

O Conselho Municipal de Educação do Município de Pará de Minas assegurou que não tem dúvidas acerca dessa informação. Por sua vez, o questionamento dispõe sobre o cumprimento do art. 212 da CF, que exige a aplicação de no mínimo 25% da receita resultante de impostos e transferências na manutenção e no desenvolvimento da educação.

Em sede de defesa, a SMED destacou que *“o município de Pará de Minas conta com alta demanda pelo funcionamento das creches nos períodos de recesso e férias. (...)”*.

Além disso, reportou que *“muitos municípios são alvos de cobranças do Ministério Público e até ações propostas pela defensoria pública, cobrando o funcionamento das creches nos períodos de recessos e férias sob alegação de que as férias dos pais das crianças não coincidem com os recessos e férias escolares”*.

Asseverou que *“os pais interessados fizeram a inscrição dos filhos previamente, assim, a Secretaria de Educação conseguiu prepara toda programação que foi ofertada no período denominado Colônia de Férias.”*

Diante disso, registrou que *“a Colônia de Férias vai ao encontro do parecer nº 08/2011 do Conselho 08/2011 do Conselho Nacional de Educação, que dispõe sobre a redução do período de férias das crianças das creches (...)”*

Ademais, a SMED citou os arts. 205, 208 e 211 §2 da CF.

Sustentou que *“as creches e pré-escolas além de serem instituições de ensino possuem caráter nitidamente assistencial, de forma que devem funcionar de modo contínuo e ininterrupto (...)”*.

Aduziu que *“o fato de a Constituição Federal ter inserido as creches e pré-escolas como integrantes do sistema de ensino não lhes subtraiu o caráter assistencial que possuem, haja vista serem também voltadas à proteção da infância e da família”*.

Transcreveu o art. 203 da CF.

Explanou que as famílias de baixa renda são as maiores beneficiadas com o funcionamento ininterruptos das creches, já que muitas vezes os pais não tem com quem deixar seus filhos entre 0 (zero) e 5(cinco) anos, no período da sua atividade laboral, inclusive durante o recesso escolar.

Argumentou que o serviço de creches é um serviço essencial. Quanto a essencialidade desse serviço, citou o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Salientou que o fechamento das creches viola a CF, além de outras normas vigentes, devido ao seu caráter de assistência social às crianças e às famílias. Reforçou que não existe inconstitucionalidade ou ilegalidade na determinação de funcionamento contínuo destas instituições, conforme jurisprudência do TJ/SP e do STF.

Afirmou que as creches são responsáveis por garantir os direitos fundamentais das crianças, na medida em que lhes fornece atendimento nutricional, saúde, segurança e educação.

Por conta disso, mencionou os posicionamentos da União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (UNDIME), do STJ e do ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello.

Frisou que *“a colônia de férias tem como principal objetivo oferecer atendimento diferenciado no período de recesso e férias. As atividades foram organizadas pela equipe docente onde os espaços externos foram explorados com atividades coletivas, brincadeiras de roda, socialização, bolinha de sabão, jogos, cineminhas e outras atividades”*.

Aduziu o art. 227 da CF e o art. 2 da Lei nº 9.349/96.

Por fim, acrescentou que “a realização da colônia de férias não é um programa assistencialista, mas sim um projeto que ajuda desenvolver ainda mais os educandos, oferecendo-lhes um momento escolar diferente. Esse é o momento que o professor pode trabalhar ainda mais as ideias de solidariedade humana, relacionamento entre os colegas, convivência harmoniosa, e também a promoção de ações fora da sala de aula, com a participação de grandes grupos de alunos”.

Análise

Os artigos 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei Federal nº 9.394/1996, definiram as despesas que podem ou não ser consideradas como de aplicação na Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, vide abaixo:

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; **III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;** IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; **V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;** VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas; VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo; VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar. (Grifo nosso)

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão; II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural; III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos; IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social; V - obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar; VI - pessoal

docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Soma-se a isso, a Instrução Normativa nº 13/2008 do Tribunal de Contas de Minas Gerais que estabelece quais as despesas que podem ou não serem enquadradas como educação:

Art. 5º - Considerar-se-ão despesas realizadas com a manutenção e desenvolvimento do ensino as que se refiram a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; **III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino (como energia elétrica; água; telefone; aquisição de suprimentos de informática; materiais de consumo – gás de cozinha, utensílios);** IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; **V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino (como serviços de vigilância e limpeza das escolas públicas);** VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas direcionadas pelos municípios à educação básica (creche, pré-escola e fundamental) e pelo Estado ao ensino fundamental e médio, desde que devidamente comprovada a inexistência de vagas na rede pública de ensino; VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo; VIII - aquisição de material didático-escolar (como livros, excluídos: uniformes, mochilas, pastas e calçados); IX - manutenção de programas de transporte escolar, inclusive combustível, considerado este, quando devidamente comprovado seu consumo nos referidos programas. (Grifo nosso)

Art. 6º - Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com: I - bens, serviços e contribuições cujos controles da Administração não permitam certificar que eles foram alocados ou se referem ao setor de educação (como combustível, manutenção da frota, contribuição previdenciária patronal); II - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão; III - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural; IV - formação de quadros especiais de pessoal para a administração pública, não pertencentes ao quadro da educação, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos; V - programas suplementares de alimentação (como a merenda escolar), assistência médico odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social, os quais são financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários, conforme previsto no art. 212, § 4º, da Constituição Federal; VI - obras de infra-estrutura ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar (como rede de esgoto e de iluminação – fora dos domínios da escola, estradas e asfaltamentos); VII - pessoal docente e demais trabalhadores da educação quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Sabe-se que os Municípios devem atuar prioritariamente no Ensino Fundamental e na Educação Infantil (art. 211 §2º, da CF/88), sendo permitida a sua atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (art. 11, V, da Lei nº 9.394/96).

De acordo com a Prefeitura de Pará de Minas, as Colônias de Férias têm como objetivo atender os pais que trabalham fora e não têm com quem deixar os filhos com idade de 0 a 3 anos, ofertando atividades coletivas, brincadeiras de roda, socialização, bolinha de sabão, jogos, cineminhas, música, histórias, entre outros.

Nesse caso, vale enfatizar que as creches são parte do sistema de ensino, conforme a legislação atual:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (...)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Grifo nosso)

LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL – Lei nº 9394/96

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

- a) pré-escola; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)
- b) ensino fundamental; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)
- c) ensino médio; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II - educação superior.

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.

Ao ler os dispositivos supracitados, observa-se que as creches integram a educação infantil que é a primeira etapa da educação básica, cuja função é integrar o cuidado e a educação em ação complementar à família e à comunidade, de modo a promover o desenvolvimento integral da criança e a garantia de seus direitos e de suas famílias.

Ressalta-se que, nas férias escolares, existe a necessidade de uma articulação da educação com as demais políticas públicas a fim de atender aquelas crianças que não têm condições familiares ou sociais de permanecer, em segurança e devido cuidado em casa. Nesse passo, o funcionamento das creches em regime de plantão no período de férias é uma alternativa para o atendimento de crianças em situação de vulnerabilidade.

Diante disso, menciona-se o Parecer CNE/CEB nº 2/2002 que discute a possibilidade de contratação de profissionais de diversas áreas de atuação e de auxiliares, a saber:

[...] podem ser contratados para esta etapa da Educação Básica (creche e pré-escola) profissionais de diversas áreas de formação, especialmente para a primeira fase desta etapa, isto é, na creche, na qual, inclusive, a presença de mães é permitida, bem como de nutricionistas, recreacionistas e outros profissionais. A contratação, entretanto, de uma diversidade de auxiliares e profissionais para esta etapa da Educação Básica, observado o posicionamento do PNE e isto no prazo de dois anos a partir da publicação ocorrida em fevereiro de 2001 (Lei nº 10.172/2001), está condicionada à formação mínima do ensino médio na respectiva área. [...] Assim, em conclusão a esta indagação, fica estipulado que a permissão de contratação de auxiliares e de profissionais de outra área de formação além da do

Magistério, é líquida e certa, entretanto, com a exigência de formação mínima do nível médio na respectiva área.

Do texto, extrai-se que uma rede de ensino, na disponibilidade de seus recursos, pode contratar outros profissionais de diversas áreas para trabalhar na Educação Infantil. Esse posicionamento colabora com o planejamento das atividades educacionais das Colônias de Férias.

Assim, com base nos argumentos apresentados, esta Unidade Técnica compreende que as Colônias de Férias têm caráter educacional. Desse modo, no caso concreto, entende-se que é possível custear suas atividades com recursos da Educação, desde que seja para atender crianças.

Por isso, conclui-se que esses gastos se enquadram nas permissões dos incisos I, III e V do art. 70 da Lei Federal nº 9.394/1996 e dos incisos I, III e V do art. 5ª da IN 13/2008 do TCEMG. Logo, afasta-se a irregularidade apontada pela representante.

II.2 Pagamento de despesas de Projetos Sociais com subvenções aprovadas por lei municipal – Educação para projetos sociais e também com recursos Educação (mesmo que seja nos 25%)

A representante alegou que vários projetos sociais foram pagos com recursos do Fundeb, bem como contabilizados nos 25% destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Dentre os projetos sociais que receberam repasse estão: Associação Comunitária Bela Vista, Recanto da Lagoa e Bairro Santa Edwirges, Associação São Paulo Apóstolo e Inspeção São João Bosco.

Em resposta ao questionamento do Conselho, a SMED argumentou que não houve lançamentos improcedentes alusivos ao Programa Municipal de Atendimento Familiar (PROMAF), visto que os projetos sociais Bola de Gude, Casa da Esperança, Pequeno Cidadão e Apae não estão vinculados a ele. Além disso, os projetos supracitados são mantidos com recursos da Secretaria Municipal de Educação.

Por outro lado, o Conselho revelou a preocupação quanto a legalidade desta prática, uma vez que estes projetos deveriam receber recursos apenas da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social.

A defesa mencionou *“à necessidade da promoção do ensino em contraturno, com a realização de projetos que ajudem a qualificar cada vez mais a educação das crianças e adolescentes do município de Pará de Minas é uma realidade, e firmar parcerias com as organizações da sociedade civil é uma necessidade imensurável”*.

Nessa linha, destacou que *“somente o ensino regular não consegue suprir todas as necessidades dos alunos, principalmente, por não conseguir oferecer o ensino em tempo integral. A celebração de acordo de cooperação firmados entre o Município e as Associações supracitadas, tem como intuito preservar a oferta de serviços educacionais de qualidade aos alunos, proporcionando-lhes participar de projetos em contraturno”*

Ademais, esclareceu que *“as entidades são de caráter beneficente, assistencial, cultural e de promoção humana. Representam a população carente de Pará de Minas na busca de soluções para os problemas que mais afligem a comunidade, como: saneamento básico, energia elétrica, alimentação, saúde, educação, lazer, habitação, transporte, qualificação profissional. Realiza papel relevante dentro município, atendendo crianças de faixa etária distintas.”*

A SMED sustentou que *“os acordos foram formalizados por meio da apresentação de justificativa e solicitação de celebração de acordo de cooperação perante o departamento de Contratos e Convênios, Auditoria de Controle Interno e Procuradoria Geral do Município, com a devida análise e apreciação destes departamentos”*.

Por fim, relatou que *“o dispositivo legal contido no art. 212 da Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe sobre a aplicação de menos de 25% (vinte e cinco por cento) da receita do município resultante de impostos e transferências na manutenção e no desenvolvimento da Educação na pasta “Educação” e não em outras*

pastas, de outras Secretarias, vem sendo cumprido pelo município de Pará de Minas, uma vez que o serviço prestado pelas associações gera impacto social relevante, pois garante um espaço para realização de projetos educacionais, no contraturno, de forma a fortalecer ainda mais o ensino da rede municipal de Pará de Minas.”

Análise

O art. 70 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação disciplina quais gastos podem ser realizados com as verbas inseridas no mínimo constitucional, contemplando dentre eles apenas as despesas para manutenção e desenvolvimento do ensino:

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a: I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; III – uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino; IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino; VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas; VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo; VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

Da mesma maneira, a Lei Federal nº 9.394/1996 arrolou as despesas que não podem ser realizadas com a verba mínima constitucional:

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com: I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão; **II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;** III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos; IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social; V - obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar; VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino. (Grifo nosso)

Outrossim, a Instrução Normativa nº 13/2008 do TCEMG estabeleceu os seguintes critérios para definir as despesas como gastos em educação:

Art. 5º - Considerar-se-ão despesas realizadas com a manutenção e desenvolvimento do ensino as que se refiram a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino (como energia elétrica; água; telefone; aquisição de suprimentos de informática; materiais de consumo – gás de cozinha, utensílios); IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino (como serviços de vigilância e limpeza das escolas públicas); VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas direcionadas pelos municípios à educação básica (creche, pré-escola e fundamental) e pelo Estado ao ensino fundamental e médio, desde que devidamente comprovada a inexistência de vagas na rede pública de ensino; VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo; VIII - aquisição de material didático-escolar (como livros, excluídos: uniformes, mochilas, pastas e calçados); IX - manutenção de programas de transporte escolar, inclusive combustível, considerado este, quando devidamente comprovado seu consumo nos referidos programas. (Grifo nosso)

Art. 6º - Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com: I - bens, serviços e contribuições cujos controles da Administração não permitam certificar que eles foram alocados ou se referem ao setor de educação (como combustível, manutenção da frota, contribuição previdenciária patronal); II - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão; **III - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural**; IV - formação de quadros especiais de pessoal para a administração pública, não pertencentes ao quadro da educação, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos; V - programas suplementares de alimentação (como a merenda escolar), assistência médico odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social, os quais são financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários, conforme previsto no art. 212, § 4º, da Constituição Federal; VI - obras de infra-estrutura ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar (como rede de esgoto e de iluminação – fora dos domínios da escola, estradas e asfaltamentos); VII - pessoal docente e demais trabalhadores da educação quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino. (Grifo nosso)

Da análise dos artigos supracitados, foi possível perceber que a Lei Federal e a Instrução Normativa do TCEMG proíbem que os valores referentes à concessão de subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural sejam computados no índice constitucional da educação.

Por outro lado, a Consulta nº 862.537 do TCEMG expõe o seguinte entendimento:

- a) É possível custear com recursos do Fundeb as despesas referentes a convênios firmados com entidades comunitárias, confessionais ou filantrópicas que se destinam a subvencionar a educação especial gratuita (integrada à educação básica).
- b) É vedado utilizar recursos do Fundeb para custear despesas com convênios que tenham por finalidade a assistência social, nos termos do art. 23, I, da Lei n. 11.494/07, c/c o art. 71, II e IV, da Lei n. 9.394/96.
- c) Devem ser observados os requisitos estabelecidos no art. 15 do Decreto Federal n. 6.253/07 para fins de destinação de recursos públicos do Fundeb para escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas.

Ainda no tocante, o parecer nº 7360/2017 do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná (MPCPR) ratifica o posicionamento da Consulta nº 862.537 do TCEMG, a saber:

- 1. É legal a transferência de recursos do FUNDEB a instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas que satisfaçam as exigências do art. 77 da Lei nº 9.394/1996 e do art. 8º, § 2º da Lei nº 11.494/2007, e desde que o objeto do convênio seja exclusivamente a prestação de serviços de educação básica, ainda que a instituição desempenhe atividades em outros setores sociais.
- 2. As despesas com convênios para a promoção da educação devem ser registradas sob a classificação 3.3.50.43.00.0 (subvenções sociais) ou 3.1.50.43.00.00 (quando há substituição de mão-de-obra), especificando no desdobramento se os recursos serão destinados a OSCIP mediante Termo de Parceria (3.1.50.43.35.00 ou 3.3.50.43.35.00), a Organizações Sociais mediante Contrato de Gestão (3.1.50.43.40.00 ou 3.3.50.43.40.00) ou às demais entidades do terceiro setor para a promoção gratuita da educação (3.1.50.43.45.00 ou 3.3.50.43.45.00).

Da leitura, nota-se que é possível o uso de recursos do Fundeb, por meio de convênios com instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas, a fim de financiar as atividades relacionadas à manutenção e desenvolvimento de educação básica. Ademais, percebe-se que o critério de autorização, para contratação das instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas, é a atividade custeada.

Diante disso, cabe mencionar que os gastos do Fundeb são equiparados aos gastos de manutenção e desenvolvimento do ensino.

No caso concreto, em que pese as instituições conveniadas a Prefeitura de Pará de Minas sejam comunitárias, confessionais ou filantrópicas, esta Unidade Técnica entende que os serviços dos Termos de Fomento não atendem os requisitos exigidos pelas consultas supracitadas, uma vez que há prestação de serviços de assistência social.

Desse modo, considera-se irregular o uso de recursos da educação em instituições que não cumprem os termos da Consulta nº 862.537 do TCEMG e do Parecer nº 7360/2017 do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná (MPCPR).

Posto isso, conclui-se que as subvenções a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural não entram no câmputo das despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino.

II.3 Da contratação direta do Sistema de Ensino Aprende Brasil por meio de inexigibilidade de licitação

A representante questionou a exclusividade do método de ensino escolhido pela Prefeitura de Pará Minas, uma vez que não demonstrou que este material seria a única alternativa para educação municipal.

Em resposta, a SMED argumentou que foi realizada a contratação direta para aquisição de livros didáticos da Editora Aprende Brasil, devido a inviabilidade de competição.

O Conselho indagou se havia algum impedimento de efetuar a pesquisa de preço em outras praças, ou mesmo em outros órgãos públicos, já que os livros adquiridos têm distribuição em todo território nacional.

Ademais, citou o entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná na Apelação Cível nº 12054938-4.

Por fim, questionou as despesas geradas com a compra de material didático da Editora Aprende Brasil, em detrimento a outros investimentos.

A SMED justificou que *“a aquisição de livros da Editora Positivo, primeiramente, levando-se em conta de que não há investimento que supra a necessidade de proporcionar as crianças o direito de possuir um bom livro, de ter acesso a materiais de alto nível. (...)”*

Transcreveu o art. 25 da Lei nº 8.666/93 que prevê os casos específicos em que ocorre a inviabilidade de competição, explanando o caso de inexigibilidade por fornecedor exclusivo.

Nessa linha, confirmou a possibilidade jurídica de contratar a Editora Aprende Brasil Ltda, mediante inexigibilidade de licitação, visto que a empresa em destaque detém a exclusividade de distribuição e comercialização de livros didáticos integrados para alunos e professores do ensino fundamental e Educação infantil.

Nesse passo, comprovou *“a exclusividade de Editora Aprende Brasil Ltda por meio da apresentação de Carta de Exclusividade, constante no Anexo I, às fls. 178 a 233, na qual o Sindicato Nacional dos Editores de Livros-ISBN, atesta que a Editora Aprende Brasil, detém exclusividade de edição, distribuição e comercialização, todo território nacional de obras ali relacionadas.”*

A respeito desse tema, citou a orientação normativa nº 17 da Advocacia- Geral da União (AGU) e o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello.

Por último, sustentou que *“a aquisição encontra-se adequada ao objetivo, nos moldes orientamos pelo Tribunal de Contas da União, evidenciando que o objeto da compra direta é o melhor (ou única) solução apta, satisfazendo desta forma, as necessidades do caso em tela.”*

Análise

O art. 25, I, da Lei nº 8.666/93 estabelece que:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; (Grifo nosso)

Do dispositivo legal acima, pode-se extrair que para a aquisição de materiais, a licitação somente é inexigível quando a empresa ou representante comercial for exclusivo.

O ilustre Marçal Justen Filho afirma que a inviabilidade de competição, de acordo com o artigo 25 da Lei 8.666/93, pode ocorrer, exemplificativamente, nas seguintes situações:

a) Ausência de alternativas: quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação; b) Ausência de mercado concorrencial: ocorre nos casos de serviços de natureza personalíssima; c) Ausência de objetividade na seleção do objeto: não há critério objetivo para escolher o melhor; d) Ausência de definição objetiva da prestação a ser executada: não há possibilidade de competição pela ausência de definição prévia das prestações exatas e precisas a serem executadas ao longo do contrato. (Grifo nosso) (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012, págs.:406/407)

O mesmo autor expôs ainda que:

[...] a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.

[...] As causas de inviabilidade de competição podem ser reunidas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado. (Grifo nosso) (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 357).

De forma reduzida, podemos dizer que se não há competidores, a Administração fica desobrigada de realizar o procedimento licitatório (não é necessária a licitação).

Desta forma, aplica-se o art. 25 da Lei nº 8.666/93.

É pacífico o entendimento no Tribunal de Contas da União de que é lícita a aquisição direta, por inexigibilidade de licitação, quando feita junto a editoras ou de representante/fornecedor exclusivo, vide abaixo:

7. De modo geral, esta Casa tem admitido a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita diretamente às editoras, por essas possuírem contratos de exclusividade, com os autores, para a editoração e a comercialização das obras [...]; ou quando reconhecida a condição de comerciante exclusivo de uma empresa (distribuidora ou livraria), outorgada pela editora (Acórdão 320/2005-1ªC). Tal posicionamento decorre, essencialmente, da ausência de viabilidade de competição, pela impossibilidade de confrontar ofertas. (Grifo nosso) (Acórdão nº 3.290/2011-Plenário)

Ratificando tal entendimento, os Prejulgados nº 1.124 e nº 1.633 do Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCESC), respectivamente, revelam que:

[...] A contratação de assinatura de revistas, periódicos e publicações similares pode ser efetivada por processo de inexigibilidade de licitação, tendo o disposto no caput do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93 como fundamento legal para realização da despesa. Devem ser observadas as exigências do art. 26 daquele diploma legal, especialmente quanto à justificativa de interesse público na aquisição daqueles específicos materiais e sua relação com as atividades do órgão, bem como do preço e sua compatibilidade com o mercado.

A aquisição de livros diretamente de editora, ou do autor, também pode ser realizada por processo de inexigibilidade de licitação. [...]. (Grifo nosso).

[...] 1. A aquisição de Coletânea de Estudos para o Ensino Fundamental denominada Caderno de Apoio Pedagógico, com verba extraída do FUNDEF, pode ser efetivada por processo de inexigibilidade de licitação, se só uma editora for capaz de confeccioná-la e vendê-la ao mercado, tendo o disposto no caput do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93 como fundamento legal para a realização da despesa, devendo ser observados os ditames do art. 26 do mesmo diploma legal, especialmente quanto à justificativa de interesse público na aquisição daqueles específicos materiais e sua relação com as atividades do órgão, bem como do preço e sua compatibilidade com o mercado. (Grifo nosso).

Da leitura dos textos supracitados, percebe-se que a aquisição de livros didáticos diretamente da editora ou do fornecedor que detêm a exclusividade da edição, distribuição e comercialização em todo o território nacional se enquadra nos termos do inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Por meio da carta de exclusividade do Sindicato Nacional dos Editores de Livros (Anexo 4 - Peça nº 22 – SGAP), verifica-se, no caso concreto, que a Editora Positivo S.A. possui a exclusividade da edição, distribuição e comercialização do sistema de ensino “Aprende Brasil” em todo território nacional.

Sendo assim, entende-se pela regularidade da contratação efetuada por meio da Inexigibilidade de Licitação, cujo objeto era o fornecimento do sistema de ensino “Aprende Brasil”, de exclusividade da Editora Positivo Ltda, uma vez que atende aos requisitos exigidos no inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

III. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se pela procedência parcial da Representação, em função da seguinte irregularidade:

- a) Pagamento de despesas de Projetos Sociais com subvenções aprovadas por lei municipal – Educação para projetos sociais e também com recursos Educação (mesmo que seja nos 25%)

Esclarece-se que a irregularidade assinalada é passível de aplicação de multa ao **Sr. Elias Diniz (Prefeito de Pará de Minas)** por ter praticado ato com grave infração à norma legal, nos termos do art. 83, I, c/c o art. 85, II da Lei Orgânica desta Corte (Lei Complementar nº 102, de 2008).

Diante disso, sugere-se que o responsável seja citado para apresentar defesa em relação à irregularidade apontada, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL



À consideração superior.

3ª CFM, 08 de novembro de 2021.

Guilherme de Lima Alves
Analista de Controle Externo
TC 3301-1