

Parecer Coletivo

Educação Infantil. Execução Indireta. Convênios. Parcerias. Termo de Colaboração. Previsões Legais. Possibilidade.

A presente abordagem trata da chamada educação infantil, instituída com grande ênfase no processo educacional pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, que envolve crianças de 0 a 6 anos de idade, considerada a primeira etapa da Educação Básica. Seu objetivo é o desenvolvimento integral das crianças, não apenas o cognitivo, mas também o físico e o socioemocional.

Esta fase está dividida em dois segmentos: **creche** (crianças de 0 a 3 anos) e **pré-escola** (crianças de 4 a 6 anos incompletos). É tratada na Seção II, do capítulo II da LDB, nos seguintes termos:

Art. 29 A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem com finalidade o desenvolvimento integral da criança até os seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Muito embora seja um dever do Estado ofertar vagas no sistema público com a finalidade de proporcionar as melhores condições para as crianças nesta etapa inicial de vida, nunca é demasiado lembrar ser da família a responsabilidade primeira, conforme expressamente previsto no art. 227, da Carta Federal. A questão envolve recurso público e, como tal, deve seguir rigorosamente os mandamentos legais de Administração.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A prioridade absoluta que trata o artigo é compartilhada com a entidade familiar e com o restante da sociedade, não cabendo exclusivamente ao Estado, *latu sensu*, e pontualmente ao Município, a imposição constitucional de zelar isoladamente pelas crianças e adolescentes.

A questão é de natureza constitucional e legal. No título destinado a cuidar da ordem social, através da disposição contida no artigo 205, *caput*, da CF, o legislador constituinte reforça a idéia de que a educação constitui direito a ser promovido e incentivado de forma prioritária pelo Estado, inobstante **o dever da família**.

Ao detalhar no artigo 208 da Constituição Federal, o dever estatal para com a educação, determina ser ele efetivado, dentre outras medidas, através da garantia de atendimento em **creches e pré-escolas** às crianças entre zero a seis anos de idade.

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

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

Verifica-se que a Constituição Federal previu, de maneira inequívoca, a educação como sendo dever primordial do Estado, e mais, que neste dever está incorporada a garantia de atendimento em creches e pré-escola a todas as crianças compreendidas da faixa etária entre 0 (zero) e 6 (seis) anos de idade e que de tal serviço necessitarem.

No plano infraconstitucional, o legislador ordinário cuidou de corroborar a obrigação do Estado para com a educação, em especial, a educação infantil. O artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), explicita estar englobado neste dever a necessidade de se adotar as providências necessárias com vistas a conferir o acesso a creches e pré-escolas para crianças entre zero e seis anos.

Art. 54 É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

Da mesma forma, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), prevê como obrigação do Estado prover o direito de acesso aos meios educacionais, estando aí incluído o acesso a creches e pré-escola.

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

IV – atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade.

Logo, a norma legal amarra de todas as formas essa imposição e faz com que o Estado, como um todo, não apenas o Município, seja impelido a prestar tal atendimento. Contudo, no que respeita à educação infantil, cabe ao ente local a prestação dos serviços, imputando ao gestor municipal a responsabilidade sobre os mesmos.

Entretanto, embora seja previsão e haja prioridade neste campo de atuação do serviço público, há fatores limitantes que não podem ser desconsiderados, como o orçamento municipal e a legislação federal que trata a matéria.

O Plano Nacional de Educação fixa prazo de 10 (dez) anos para que gestores ampliem o número de vagas na rede pública. O referido plano estabelece que até 2024, 50% das crianças de 0 a 3 anos devem estar matriculadas em creches.

Ainda, dentro da linha de implementação do plano nacional de educação, o art. 88 prevê que “*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adaptarão sua legislação educacional e de ensino às disposições desta Lei no prazo máximo de um ano, a partir da data de sua publicação*”

Já no anexo do Plano Nacional, as metas foram fixadas tendo como destaque a chamada **meta 1**, que significou “*Universalizar, até 2016, o atendimento escolar da população de 4 e 5 anos, e ampliar, até 2024, a oferta de educação infantil de forma a atender a 50% da população de até 3 anos.*”

Ou seja, o exercício das atividades que envolvem a educação infantil e o ensino básico cabe ao ente municipal, que pode executar da forma que melhor se adequar a situação gerencial, orçamentária, financeira e estrutural. Inexiste uma determinação específica de procedimentos a serem adotados pelo Município, mas já se pode descartar completamente a realização de concurso público para preenchimento de cargos na administração.

A execução de políticas públicas de competência de cada ente da federação é uma imposição constitucional, conforme as atribuições de cada esfera de Poder. Contudo, a forma como será implementado determinado serviço à comunidade depende exclusivamente de dois fatores: a lei e a iniciativa do Poder Executivo.

Nenhum outro Poder, órgão, entidade ou qualquer situação externa poderá substituir o gestor municipal e suas prerrogativas constitucionais para o exercício pleno do ato administrativo em relação ao governo local. Cabe exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo determinar como melhor poderá efetivar o alcance de medidas governamentais para beneficiar a população.

Aos demais poderes e órgãos, não lhes é dado o direito de interferência abusiva e indevida, pois cada um está legitimado para agir de acordo com a previsão constitucional, não podendo extrapolar a sua competência, como tem ocorrido com frequência inaceitável frente ao executivo.

Neste sentido, a contratação de serviços externos ao Município é medida que se adequa perfeitamente ao caso concreto. Também chamada impropriamente de terceirização, o Poder Público deve fazer uso do disposto no art. 30, I, da CF/88, bem como dos demais dispositivos que consagram a autonomia gerencial, administrativa e orçamentária, para executar suas políticas da forma como entender melhor. Evidentemente, tudo alicerçado na lei, mas dentro da conveniência e oportunidade de cada Poder.

No caso em exame, a educação infantil deve ser tratada no âmbito da execução indireta, pelo estabelecimento de relações contratuais do poder público com o particular, conforme as normas que regem tais contratos ou convênios. O art. 30, da LDB, prevê claramente que os serviços desta natureza podem ser realizados por creches privadas ou assemelhados, senão vejamos:

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 crianças de quatro a seis anos de idade

A educação infantil, como dever do Estado, pode ser ofertada em instituições específicas — creches para crianças até três anos e pré-escolas para crianças de quatro e seis anos — em jornada diurna de tempo parcial ou integral, por meio de práticas pedagógicas cotidianas.

A educação infantil, cuja matrícula na pré-escola é obrigatória para crianças de quatro e cinco anos, deve ocorrer em espaços institucionais, coletivos, não domésticos, **públicos ou privados**, caracterizados como estabelecimentos educacionais e submetidos a múltiplos mecanismos de acompanhamento e controle social.

As instituições de educação infantil podem ser públicas ou privadas. As públicas são criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo poder público local, (LDB, art. 19, inciso I). As instituições privadas são mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (LDB, art. 19, inciso II) e se organizam em dois grupos:

I - as particulares com fins lucrativos, e

II - as comunitárias, confessionais e filantrópicas sem fins lucrativos definidas da seguinte forma:

a) instituições comunitárias: instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas de professores e alunos, que incluam em sua entidade mantenedora representantes da comunidade (LDB, art. 20, inciso II);

b) instituições confessionais: instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem à orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior (LDB, art. 20, inciso III);

c) instituições filantrópicas: instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, de direito privado, e possuem o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas). Todas as instituições de educação infantil localizadas em um município, tanto as públicas quanto as privadas, integram o respectivo sistema de ensino estadual, distrital ou **municipal** (LDB, art. 18, incisos I e II).

No caso em exame, o Município deve buscar a firmatura de parcerias com as mais diversas formas de execução da política de educação, utilizando-se de entidades da sociedade organizada para atuarem juntamente com o poder público, numa parceria permanente nesta área de serviços essenciais.

Segundo Canotilho, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais deverá estar dentro de uma *‘reserva do possível’* e da sua dependência dos recursos econômicos, posto que *“a elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito”*. Inegável que a limitação dos recursos públicos deve ser considerada como verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais da ordem postulada, bem como o fato de que as limitações orçamentárias são fatos concretos.

Assim, os Municípios devem buscar **formas alternativas** para viabilizar a execução de políticas de interesse coletivo, dentro das condições orçamentárias e operacionais que estão disponíveis. Neste sentido, a solução encontrada para equacionar uma demanda de elevada monta, e que tem sido prioridade da legislação, deve ser definida pelo ente municipal.

Nesta linha de entendimento, a solução poderá ser efetivada mediante algumas alternativas.

Formas de Execução

A forma de disponibilização de tais serviços depende exclusivamente da visão executiva do Município e seu gestor. A construção de prédio público, formação de consórcio público, prestação direta de serviços por ente público, devem ser descartadas por representar custos impagáveis e a formação de verdadeiros elefantes brancos que se tornam ineficazes com o passar de curto espaço de tempo.

A relação deve ser estabelecida com entidades sem fins lucrativos ou filantrópicas, que já desenvolvem trabalhos desta natureza ou semelhantes, mediante a realização de **convênios e parcerias**. No edital para a escolha da ou das entidades, serão fixados os critérios técnicos e operacionais pertinentes.

Convênios Lei 8666/93, art. 116

O Município poderá realizar convênios, precedidos de processo licitatório, nos termos do art. 116, cujo conteúdo diz:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos **convênios**, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente **plano de trabalho proposto pela organização interessada**, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

De igual forma, como as entidades que trabalham com a matéria são organizações da sociedade civil, aplica-se a previsão da Lei 13.019/14, na firmatura do Termo de Colaboração, pois a atividade é de competência e responsabilidade do Poder Público, que se vale das entidades privadas para a execução desta política pública.

Nesta linha, conforme dispõe o artigo 42 da Lei 13.019/14, as parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração.

Art. 42. **As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração**, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, conforme o caso, **que terá como cláusulas essenciais:**

I - a **descrição do objeto** pactuado;

II - as obrigações das partes;

III - quando for o caso, o **valor total e o cronograma de desembolso**;

IV - (revogado);

V - a contrapartida, quando for o caso, observado o disposto no § 1º do art. 35;

VI - a **vigência** e as hipóteses de prorrogação;

VII - a **obrigação de prestar contas com definição de forma, metodologia e prazos**;

VIII - a forma de **monitoramento e avaliação**, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de apoio técnico nos termos previstos no § 1º do art. 58 desta Lei;

....

XV - o livre acesso dos agentes da administração pública, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondente aos processos, aos documentos e às informações relacionadas a termos de colaboração ou a termos de fomento, bem como aos locais de execução do respectivo objeto;

....

XIX - a **responsabilidade exclusiva da organização** da sociedade civil pelo **gerenciamento administrativo e financeiro** dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal;

XX - a **responsabilidade exclusiva da organização** da sociedade civil pelo pagamento dos **encargos** trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução.

Parágrafo único. Constará como anexo do termo de colaboração, do termo de fomento ou do acordo de cooperação o plano de trabalho, que deles será parte integrante e indissociável.

As inovações da lei na verdade são apenas a consolidação de atos que eram praticados ou exigidos pelos órgãos de controle quando da auditoria de tais relações ou de investigação no uso dos recursos públicos. Sobressaem destas circunstâncias a definição de um objeto claro e ao mesmo abrangente, capaz de englobar de forma clara quais os atos serão executados, projetos, ações e demais questões inerentes. A especificação passa a ser fundamental no cotejo do objeto acordado.

Em seguida, valor, cronograma de desembolso e prazo de vigência igualmente se constituem imposição obrigatória para o termo. O desembolso deve levar em conta as fases, parcelas, meses de execução do projeto ou da proposta, com valores liberados de acordo com a efetiva realização dos atos.

Mas são os incisos VI e VII do art. 24 da lei que devem merecer a atenção especial dos administradores, muito embora não seja uma inovação, mas é a consolidação da necessidade de fixar, mediante um plano de trabalho, a fiscalização do tudo que é acertado, por meio da prestação de contas e da avaliação dos resultados obtidos com a relação.

Não basta mais apenas aplicar recursos públicos de forma legal para a execução de programas e projetos sociais, educacionais ou culturais. A partir da nova lei, tais valores devem ser bem aplicados, com eficiência, com finalidade clara, buscando-se o resultado a que se propõe o plano de trabalho e a intenção da relação firmada. Sai de cena as questões meramente formais e entra em jogo a operação, a execução de fato e as pertinentes comprovações.

Desta forma, cabe a entidade e ao Município a elaboração de um projeto consistente, com metas a serem alcançadas e, mais do que isso, com a realização efetiva de tais projetos, comprovando os resultados práticos, não mais apenas formais. Neste sentido, a responsabilização pessoal do dirigente da entidade que recebe os recursos tem o mesmo sentido da responsabilidade do gestor que repassa.

Até a edição da Lei 13.019/14, somente cabia ao gestor público responder pelos valores repassados a um determinado projeto. A partir de agora, o dirigente que firma o termo terá idêntica atribuição de execução e fiscalização dos montantes utilizados. A divisão da carga fiscalizatória pode representar um avanço no processo, pois compromete sobremaneira todos os agentes diretivos envolvidos na melhor forma de condução do projeto.

O caso se presta para utilização do art. 16 da norma referida acima, com o Termo de Colaboração:

Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para consecução de **planos de trabalho de sua iniciativa**, para celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros

Parágrafo único. Os conselhos de políticas públicas poderão apresentar propostas à administração pública para celebração de termo de colaboração com organizações da sociedade civil.

A iniciativa, tendo em vista tratar-se de uma política pública de responsabilidade do Município, determina a adoção do já mencionado **Termo de Colaboração**, onde a administração local formula o necessário e imprescindível **plano de trabalho** para ser executado na parceria com a entidade selecionada, mediante processo licitatório, na modalidade ‘chamamento público’, previsto no art. 24 da lei.

Tal procedimento **somente poderá ser dispensado** (art. 30) nos casos de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias; guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social; quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança; **ou atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas** pelo órgão gestor do respectivo ente federado.

É **inexigível** (art. 31), ainda, a realização de chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se **as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica**.

Assim, como os casos apresentados não se enquadram em nenhuma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de chamamento público, deverá a administração proceder a sua realização nos termos estabelecidos pelos artigos 23 a 32 da lei em comento.

Realizado o chamamento público, ou justificado a sua ausência por **dispensa ou inexigibilidade**, analisar-se-ão os requisitos para a celebração do Termo de Colaboração. Neste sentido, o regramento está no art. 35 da Lei 13.019, *verbis*:

Art. 35. A celebração e a formalização do **termo de colaboração** e do termo de fomento dependerão da adoção das seguintes providências pela administração pública:

I - realização de chamamento público, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei;

II - indicação expressa da existência de **prévia dotação orçamentária** para execução da parceria;

III - demonstração de que os objetivos e finalidades institucionais e a **capacidade técnica e operacional da organização da sociedade civil** foram avaliados e são compatíveis com o objeto;

IV - **aprovação do plano de trabalho**, a ser apresentado nos termos desta Lei;

V - emissão de **parecer de órgão técnico da administração pública**, que deverá pronunciar-se, de forma expressa, a respeito:

a) do **mérito da proposta**, em conformidade com a modalidade de parceria adotada;

b) da **identidade e da reciprocidade** de interesse das partes na realização, em mútua cooperação, da parceria prevista nesta Lei;

A legislação prevê a necessidade de ampliação da **transparência** na execução da relação e do uso dos recursos públicos. Assim, caberá às organizações manter as informações sobre a **prestação de contas** da relação permanentemente na internet, podendo ser através das redes sociais, como *facebook*, com o *link* para o site da Prefeitura e este para a prestação de contas integral do objeto conveniado.

Mas a questão mais importante que envolve esta parceria e a relação estabelecida entre o poder público e as entidades, diz respeito a necessidade de ampliar o funcionamento da estrutura de atendimento à comunidade, no tocante ao alcance da atenção sócio educacional para as crianças de zero a seis anos, dentro do projeto da primeira infância assistida pela família e pela sociedade, bem como pelo ente municipal, no caso que lhe compete. Além disso, impõe-se a necessidade de acompanhamento permanente das atividades e ações praticadas pelas parcerias, embora esse trabalho deva ser feito igualmente quando a relação é direta do poder público.

O acompanhamento e a fiscalização envolvem todos os procedimentos executados e previamente estabelecidos no termo de colaboração e nos documentos que compõem o plano de trabalho e as demais ações, pois não se visa tratar apenas de um processo assistencial e de cuidados físicos com a criança, mas também a realização de um trabalho educacional mais aprofundando, conforme se verifica dos conceitos aplicáveis à espécie.

Neste sentido, o edital de licitação para a firmatura do Termo de Colaboração, deve ter previsto a criação de um sistema de cooperação mútua e de atingimento de finalidade recíprocas dos partícipes, seja em estabelecimentos pertencentes ao Poder Público ou na entidade privada parceira. Neste sentido, conforme o plano de trabalho anexo ao edital, devem ser previstas:

- a) Necessidade de estrutura física, salas de aula, metragem quadrada de espaço, alocação do número de crianças por sala ou espaço pré-definido;
- b) Numero de crianças, faixa etária correspondente ao objeto conveniado e o valor per capita ou por vaga a ser definido previamente pelo Poder Público. Não haverá disputa de valores no mercado, mas o planilhamento prévio por parte da administração, lançando o edital já com o montante a ser pago pelo Município por cada criança/aluno atendido, conforme a carga horária pertinente;
- c) Cronograma de desembolso conforme a execução mensal das atividades da parceria, mediante a emissão de atestados técnicos de acompanhamento pedagógico e assistencial, bem como os fiscais de cumprimento do plano de trabalho e dos demais pontos contidos no termo assinado entre as partes;

Nunca é demasiado repetir acerca da necessidade de acompanhamento da relação conveniada ou pelo termo de colaboração, pois a situação diz respeito à educação infantil e também ao processo educacional de zero a três anos, como ainda, de três a seis anos incompletos, que podem ser executados da forma como acima referido.

É o parecer.

Porto Alegre, 20 de março de 2018.

CDP – Consultoria em Direito Público