



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Secretaria Geral Parlamentar
Secretaria de Documentação
Equipe de Documentação do Legislativo

PARECER Nº 2301/2019 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0754/19

Trata-se de projeto de lei, de autoria do Exmo. Sr. Prefeito, que dispõe sobre a criação do Programa Mais Creche.

De acordo com a proposta, o referido programa constitui-se na concessão de benefício mensal pago individualmente por criança durante o uso da vaga, diretamente a instituições de ensino previamente cadastradas.

O objetivo do programa é garantir a todas as crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade em situação de vulnerabilidade o acesso e a permanência em escolas de educação infantil, próximas à residência ou, na impossibilidade, próximas ao local de trabalho dos responsáveis.

Sob o aspecto jurídico, a propositura reúne condições para prosseguir em tramitação.

Sob o aspecto formal, a Lei Orgânica do Município, pautada pela diretriz traçada na Constituição Federal, atribui ao Prefeito a competência para administrar o Município, tarefa que engloba a gestão dos serviços e bens públicos, conforme dispositivos abaixo reproduzidos:

Art. 69. Compete privativamente ao Prefeito, além de outras atribuições previstas nesta Lei:

...

II - exercer, com os Secretários Municipais, os Subprefeitos e demais auxiliares a direção da administração municipal;

...

Art. 70 - Compete ainda ao Prefeito:

...

VI - administrar os bens, a receita e as rendas do Município, promover o lançamento, a fiscalização e arrecadação de tributos, autorizar as despesas e os pagamentos dentro dos recursos orçamentários e dos créditos aprovados pela Câmara Municipal;

...

XIV - dispor sobre a estrutura, a organização e o funcionamento da administração municipal, na forma estabelecida por esta Lei Orgânica;

...

Art. 111 - Cabe ao Prefeito a administração dos bens municipais, respeitada a competência da Câmara Municipal quanto àqueles utilizados em seus serviços.

No que tange especificamente à iniciativa reservada para a matéria em pauta, a Lei Orgânica estabelece:

Art. 37 - A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou Comissão permanente da Câmara Municipal, ao Prefeito e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Lei Orgânica.

...

§ 2º - São de iniciativa privativa do Prefeito as leis que disponham sobre:

IV - organização administrativa e matéria orçamentária;

V - desafetação, aquisição, alienação e concessão de bens imóveis municipais.

...

Art. 69 - Compete privativamente ao Prefeito, além de outras atribuições previstas nesta Lei:

...

XVI - propor à Câmara Municipal projetos de leis sobre criação, alteração das Secretarias Municipais e Subprefeituras, inclusive sobre suas estruturas e atribuições;

O projeto em comento estabelece sistema de terceirização e respectiva forma de pagamento às escolas de ensino infantil particulares que venham a aderir ao programa, dispondo de ato específico e concreto de administração e criando ainda atribuições para a Secretaria de Educação, matéria afeta à organização administrativa e, portanto, de prerrogativa do Chefe do Executivo.

No mérito, o projeto prevê que a Secretaria Municipal de Educação (SME) realizará chamamento público para credenciar as instituições de ensino, sendo que tais instituições devem atender aos seguintes critérios: não ter fins lucrativos, serem comunitárias, confessionais ou filantrópicas; já realizar atendimento de crianças de zero a três anos; estar localizada no Município de São Paulo e ter interesse em firmar contrato com a SME.

Desta forma, o projeto garante a igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, estando em sintonia com o ordenamento jurídico. Com efeito, o doutrinador Carlos Ari Sunfeld ensina que a igualdade de condições é o que valida o chamamento para o credenciamento:

Se a Administração pretende credenciar médicos ou hospitais privados para atendimento à população e se admite credenciar todos os que preencham os requisitos indispensáveis, não se há de falar em licitação. É que o credenciamento não pressupõe disputa, que é desnecessária, pois todos os interessados aptos serão aproveitados. Essa desnecessidade de competição traz outra consequência: o direito ao credenciamento. (SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995)

A corroborar a validade do credenciamento no caso em estudo, confira-se o seguinte julgado do Tribunal de Contas da União:

Acórdão 3567/2014 Plenário3 , 09/12/2014. O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art.25 da Lei 8.666/93 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº3567/DF Distrito Federal. Relator: José Múcio Monteiro. 12 dez. 2014. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31333238343738&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAOCOMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017. 4 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº1150/DF).

Por fim, importa mencionar que o projeto veio acompanhado da estimativa do impacto orçamentário financeiro, nos termos preconizados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, cabendo à Comissão de Finanças a análise acerca da viabilidade da medida pretendida.

Durante a tramitação do projeto, é necessária a realização de 02 (duas) audiências públicas, nos termos do art. 41, inciso XI, da Lei Orgânica do Município.

A aprovação do projeto depende do voto favorável da maioria absoluta dos membros da Câmara, nos termos do art. 40, § 3º, inciso XII, do mesmo diploma legal.

Ante o exposto, somos pela LEGALIDADE.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 27/11/2019.

Aurélio Nomura (PSDB) - Presidente

Camilo Cristófaru (PSB)

Celso Jatene (PL) - Abstenção

Cláudio Fonseca (CIDADANIA) - Contrário

Reis (PT) - Contrário

Ricardo Nunes (MDB)

Rinaldi Digilio (REPUBLICANOS)

Rute Costa (PSD) - Relatora

Sandra Tadeu (DEM)

Este texto não substitui o publicado no Diário Oficial da Cidade em 28/11/2019, p. 104

Para informações sobre o projeto referente a este documento, visite o site www.saopaulo.sp.leg.br.

VOTO EM SEPARADO DE AUTORIA DO VEREADOR CLÁUDIO FONSECA DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0754/19.

Trata-se de projeto de lei, de autoria do Exmo. Sr. Prefeito, que dispõe sobre a criação do Programa Mais Creche.

De acordo com a proposta, o referido programa constitui-se na concessão de benefício mensal pago individualmente por criança durante o uso da vaga, diretamente a instituições de ensino previamente cadastradas.

O objetivo do programa é garantir a todas as crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade em situação de vulnerabilidade o acesso e a permanência em escolas de educação infantil, próximas à residência ou, na impossibilidade, próximas ao local de trabalho dos responsáveis.

Ainda nos termos do projeto, o Poder Executivo fica autorizado a efetuar chamamento público para o credenciamento de instituições de ensino que sejam sem fins lucrativos, comunitárias, confessionais ou filantrópicas.

O chamamento público será promovido pela Secretaria Municipal de Educação e caso o número de instituições de ensino credenciadas na forma do Art. 3º seja insuficiente para atender à demanda, fica o Poder Executivo autorizado, a seu critério, a efetuar chamamento público para o credenciamento de escolas que não se enquadrem como instituições de ensino sem fins lucrativos, comunitárias, confessionais ou filantrópicas.

O projeto não reúne condições de prosseguir em tramitação.

Apesar de a Lei Orgânica do Município assegurar ao Prefeito a iniciativa privativa para projetos de lei que disponham sobre organização administrativa (art. 37, § 2º, IV), o conteúdo do projeto revela inconstitucionalidade e ilegalidade patentes e insuperáveis, conforme passaremos a demonstrar.

Com efeito, os serviços sociais autônomos ou, na linguagem de José dos Santos Carvalho Filho, pessoas de cooperação governamental, são conceituadas pelo renomado doutrinador administrativista como entidades que colaboram com o Poder Público, a que são vinculadas, através da execução de alguma atividade caracterizada como serviço de utilidade pública (in Manual de Direito Administrativo, 25º ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 528).

A experiência prática recente tem dado exemplo da criação de entidades denominadas como serviço social autônomo cujo tratamento é distinto daquelas extraídas do texto

constitucional, sobretudo quanto à forma de financiamento dessas entidades (predominantemente por recursos públicos, e não mediante contribuições sociais) e da sua relação com o Poder Público (com a formalização de contratos de gestão, ao passo que as entidades do Sistema S possuem autonomia para gerir suas atividades).

Em artigo dedicado ao tema, o doutrinador e professor da Universidade de São Paulo Fernando Facury Scaff constata essa realidade e sistematiza dois tipos de serviços sociais autônomos:

a) Aqueles aos quais foi atribuída capacidade tributária para arrecadar e gerir contribuições sociais, e que atuam em uma nova atividade criada pela iniciativa privada para o desenvolvimento de atividades do terceiro setor;

b) Aqueles cuja subsistência decorre de repasses governamentais, decorrentes de receita própria, seja em razão de fundos públicos ou de transferência de empréstimos obtidos interna ou externamente, e que são criados a partir da extinção de um órgão público preexistente, assomando-lhe as funções e que, para sua efetiva implementação como instrumentos de atuação do Estado nesta área devem estar acompanhados de contrato de gestão

(in Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 225: 273-297, jul./set. 2001).

Prosseguindo com a análise do tema, o eminente professor e doutrinador afirma categoricamente a inconstitucionalidade dos serviços sociais autônomos do segundo grupo, uma vez que afronta o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37, caput, da Constituição Federal):

Parece-me que são tipos distintos, que se utilizam da mesma nomenclatura o que vem causando uma enorme confusão. No primeiro caso há efetivamente um sentido de colaboração entre o Poder Público e a iniciativa privada, que gere recursos que lhe foram atribuídos pelo Estado no uso da capacidade tributária. No segundo caso há uma contrafação, um simulacro de descentralização, pois é o próprio Poder Público que extingue um de seus entes, atribuindo a outro ente, também por ele criado, a função ou atividade anteriormente delegada ao órgão extinto. Dá-se-lhe a roupagem de ente privado, batiza-se-lhe de serviço social autônomo, transfere-se-lhe verbas públicas através do sistema orçamentário e, em um passe de mágica, os controles públicos são afastados ou, pelo menos, reduzidos. Não parece que este tipo de procedimento acate o mandamento constitucional da Moralidade Administrativa, inserido no art. 37, caput da Carta de 1988. É até possível que atenda ao primado da Eficiência, inserido com a Emenda Constitucional 19/98. Mas o Princípio da Eficiência sem o Princípio da Moralidade não pode existir para o Direito. Seccionar este entendimento é interpretar o Direito por fatias, o que contraria toda e qualquer regra de hermenêutica jurídica.

(op. cit., pág. 287, destaques nossos).

Como se percebe, ao autorizar o Poder Público efetuar o chamamento para o credenciamento de escolas que não se enquadrem como instituições de ensino sem fins lucrativos, comunitárias, confessionais ou filantrópicas nos moldes previsto no § 3º do art. 3º deste projeto nada mais é do que um desdobramento de atividades que devem ser desenvolvidas pelo próprio Poder Público e seus servidores, não existindo figura jurídica apta a amparar a consecução de atos que lhe são inerentes.

O Projeto Pedagógico, por exemplo, deve ser elaborado em conformidade com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), que estabelece ser de competência dos Municípios organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino (art. 11), cria uma base nacional comum nos currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio (art. 26), determinando que a educação infantil seja organizada com base em regras comuns, como carga horária mínima anual, e forma de controle de frequência escolar (art. 31). Além disso, o Projeto Pedagógico deve adequar-se às Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil, às Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica e a outros atos normativos, como a Deliberação CME 09/15, que dispõe sobre os Padrões de Qualidade da Educação Infantil, tudo em conformidade com o art. 12 de referida Resolução.

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados;

Importante destacar que a Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB estabelece no art. 8º, que a distribuição de recursos, que compõem os Fundos, dar-se-á na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, sendo admitido como exceção, para efeito de distribuição dos recursos dos fundos, em relação às instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos e conveniadas com o poder público, o cômputo das matrículas efetivadas na educação infantil oferecida em creches para crianças de até 3 (três) anos.

Art. 8º A distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, na forma do Anexo desta Lei.

§ 1º Admitir-se-á, para efeito de distribuição dos recursos previstos no inciso II do caput do art. 60 do ADCT, em relação às instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos e conveniadas com o poder público, o cômputo das matrículas efetivadas na educação infantil oferecida em creches para crianças de até 3 (três) anos.

§ 2º As instituições a que se refere o § 1º deste artigo deverão obrigatória e cumulativamente:

I oferecer igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e atendimento educacional gratuito a todos os seus alunos;

II comprovar finalidade não lucrativa e aplicar seus excedentes financeiros em educação na etapa ou modalidade previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo;

III assegurar a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional com atuação na etapa ou modalidade previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo ou ao poder público no caso do encerramento de suas atividades;

IV atender a padrões mínimos de qualidade definidos pelo órgão normativo do sistema de ensino, inclusive, obrigatoriamente, ter aprovados seus projetos pedagógicos;

V ter certificado do Conselho Nacional de Assistência Social ou órgão equivalente, na forma do regulamento.

§ 3º Admitir-se-á, pelo prazo de 4 (quatro) anos, o cômputo das matrículas das pré-escolas, comunitárias, confessionais ou filantrópicas, sem fins lucrativos, conveniadas com o poder público e que atendam às crianças de 4 (quatro) e 5 (cinco) anos, observadas as condições previstas nos incisos I a V do § 2º deste artigo, efetivadas, conforme o censo escolar mais atualizado até a data de publicação desta Lei.

A Lei que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação FUNDEB em nenhum momento admite a utilização dos recursos provindos dos fundos para custeio de serviços prestados por escolas particulares que não se enquadrem como instituições de ensino sem fins lucrativos, comunitárias, confessionais ou filantrópicas.

Convém ressaltar, outrossim, que o projeto gera despesa obrigatória de caráter continuado tanto que foi criada a atividade 2887 (Ações de Apoio à Educação Infantil) na Proposta Orçamentária de 2020, visando atender a despesas especial até o limite de R\$ 296.681.280,00 (duzentos noventa e seis milhões e seiscentos e oitenta e um mil e duzentos e oitante reais), sem que haja a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes, bem como o demonstrativo da origem dos recursos para seu custeio e a comprovação de que a despesa criada não afetará as metas de resultados fiscais, desatendendo, portanto, aos termos do disposto no art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000).

Logo, demonstrada a inconstitucionalidade da criação do programa mais creche, que se constitui na concessão de benefício mensal pago individualmente por criança durante o uso da vaga, diretamente a instituições de ensino previamente credenciadas, bem como a

ilegalidade decorrente do desatendimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, impõe-se a rejeição desta propositura.

Pelo exposto, somos pela ILEGALIDADE, sem prejuízo do prosseguimento deste projeto na hipótese de recurso provido pelo Plenário desta Casa, nos termos do art. 79 do Regimento Interno.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 27/11/2019.

Cláudio Fonseca (CIDADANIA) - Autor do Voto em Separado

Este texto não substitui o publicado no Diário Oficial da Cidade em 29/11/2019, p. 117

Para informações sobre o projeto referente a este documento, visite o site www.saopaulo.sp.leg.br.