

NOTA TÉCNICA CONJUNTA FAMURS - CDP

É fato notório a declaração de emergência de saúde pública em todo território nacional, sendo necessárias medidas restritivas às atividades sociais e profissionais, no intuito de minimizar o contágio do Coronavírus. Tais circunstâncias estão ocasionando uma grave crise econômica e social, com repercussão em toda sociedade, inclusive na área de educação.

Nesta esfera, os administradores públicos têm questionado a esta Assessoria Jurídica sobre as medidas possíveis de serem adotadas pelos Municípios relativamente às medidas do Governo do Estado de retorno às aulas na rede estadual, bem como sobre os serviços de transporte correlatos.

É, portanto, em face dessas demandas que a FAMURS e a CDP expedem a presente nota técnica.

1 POSSIBILIDADE DOS MUNICÍPIOS DECIDIREM SOBRE A RETOMADA DAS AULAS NA REDE DE ENSINO

A educação, direito fundamental social, deve ser garantida pelo ente estatal, nos termos dos artigos 208 e 227 da Constituição Federal. E tal direito deve ser prestado pelos três entes federados, União, Estados e Municípios. A definição da competência de tais entes sobre a educação é complexa, e é assim distribuída na Constituição:

- a) Competência da União para legislar sobre diretrizes de bases da educação nacional, art. 22, XXIV, o que ocorre na Lei n. 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.
- b) Competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de proporcionar meios de acesso à educação, art. 23, V.
- c) Competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar sobre educação e ensino, art. 24, IX.

O sistema constitucional estabelece caber à União definir tão somente as normas gerais, e os entes estaduais e municipais fixam as especificidades, os modos e meios de cumprir o quanto estabelecido no art. 24, IX, da Constituição. O art. 22, XXIV, enfatiza a competência privativa do legislador nacional para definir as diretrizes e bases da educação nacional, deixando as singularidades no âmbito de competência dos Estados e do Distrito Federal.

Todavia, o cerne da discussão encetada entre os administradores públicos diz respeito à volta às aulas em meio a pandemia do coronavírus.

É na abordagem deste fato – pandemia – que deve ser definida a competência dos estados e Municípios sobre o retorno às aulas, e se é possível aos Municípios intervirem na abertura das escolas estaduais.

Impõe-se, então, que duas abordagens sejam feitas acerca da possibilidade de que o Município vede a utilização dos espaços em seu território, mesmo da rede estadual de ensino, inobstante autorização do Governo. Vejamos.

O primeiro aspecto a ser abordado diz respeito ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da competência dos entes da federação, na recente **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341**, na qual a Corte, por unanimidade, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020, para o enfrentamento do novo coronavírus, não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios. A maioria dos ministros reconhece também que a União pode legislar sobre o tema, mas garantindo a autonomia dos demais entes.

Com efeito, o regramento constitucional, previsto no art. 30, I, da CF/88, se aplica de forma geral, inclusive sobre as atividades de outro ente federado, observadas as atribuições específicas de cada um. A decisão do STF na ADI nº 6341, e também na ADPF 672-MC, dispõe sobre a competência concorrente sobre os serviços públicos e atividades essenciais no âmbito das medidas de emergência de saúde pública, decorrentes da pandemia do COVID-19.

Nesse sentido, de tais decisões do STF, pode-se extrair as seguintes diretrizes jurisprudenciais:

1. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

2. Como os agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

3. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

5. Sob a luz da Lei 8.080, de 1990, o exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a atribuição própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

O entendimento é também resumido na própria decisão, da seguinte forma:

Nota-se, portanto, que esta Corte explicitou que a competência prevista no § 9º do art. 3º da Lei 13.979/20 ao Presidente da República (para dispor sobre os serviços públicos e atividades essenciais) se faria sem prejuízo à atribuição de cada esfera de governo de dispor sobre o mesmo tema no seu respectivo âmbito de atuação e, para tanto, como fundamento de decidir, destacou a diretriz constitucional da municipalização dos serviços de saúde, embora, de

outro lado, e também como razão de decidir, não descurou da necessidade de justificção pelos agentes públicos de suas ações.

O trecho acima destacado apresenta a posição do STF que não deixa margem para questionar a autonomia do gestor local, sem submissão hierárquica a outra esfera de poder político-administrativo, tal como o Estado Federado. Vê-se, então, que o STF atribui competência concorrente aos Municípios em face dos demais entes, em especial no que diz respeito às ações de combate à pandemia do coronavírus.

Portanto, com respaldo na interpretação normativa do STF, entendendo o prefeito municipal serem necessárias medidas mais restritivas do que aquelas adotadas no âmbito da esfera estadual, poderá ele vedar a retomada das aulas na rede estadual e privada, dentro de critérios técnicos avaliados e justificativa para tanto.

O **segundo aspecto**, mais legal do que jurisprudencial, diz respeito às Leis Federais 13.979/2020 e 8080/90, que autorizam os entes federados a editarem suas normas próprias no combate e controle à epidemia. Tal regramento está expresso na novel Lei, especificamente no art. 3º, incisos I e II:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

- I - isolamento;**
- II - quarentena;**
- (...)**

A Lei em referência ainda agrega oito incisos ao artigo e que ‘poderão’ ser adotados pela autoridade responsável, de forma isolada ou cumulativa, dependendo das circunstâncias e do caso concreto. O texto legal é claro quando deixa ao **critério do gestor local** a adoção dos procedimentos que entender cabíveis, conforme as dinâmicas do seu município. Observe-se que tal autorização está evidenciada no § 7º do mesmo art. 3º, que assim diz:

(...)

§ 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas:

- I - pelo Ministério da Saúde;**
- II - pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do caput deste artigo; ou**
- III - pelos gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e VII do caput deste artigo.**

Percebe-se que a situação de isolamento ou de quarentena previstas na lei cabe aos gestores locais de saúde, ou seja, no âmbito do administrador municipal. Cabe também ao Município, portanto, o planejamento, a programação e a organização da rede de atenção à saúde, em articulação com a gestão estadual, jamais em subordinação.

Com efeito, é atribuição de o ente municipal executar as ações referentes às condições ambientais, de saúde e dos serviços públicos, que são prestados no âmbito de seu território. A **ocupação de espaços públicos**, seja na órbita de atuação municipal, seja nas demais repartições do Estado o da União, **deve observar os procedimentos gerais ou específicos fixados por decreto ou lei municipal.**

Neste mesmo sentido dispõe a importantíssima Lei Federal n. 8080/90¹, sobre a competência local, nos termos do art. 15, XIII, *in verbis*:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

(...)

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização.

A Lei 8080/90, também instituidora do SUS, ainda prevê no art. 18, I e IV, 'a', e 'b', sobre a competência do gestor local de saúde:

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

(...)

III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;

IV - executar serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) vigilância sanitária;

Portanto, o Município deve atuar na organização e execução das ações de saúde e no controle e avaliação referente às condições de trabalho e seus ambientes, valendo afirmar que a situação das escolas, sejam municipais ou estaduais, e mesmo privadas, deve ser previamente avaliada pela Administração Municipal **para aferir as condições de ocupação, quantidades, períodos e momentos adequados para a retomada das aulas**, conforme o *status* epidemiológico da região.

2 SOBRE A RESPONSABILIDADE DO MUNICIPIO PELO TRANSPORTE ESCOLAR

¹ Art. 1.º. Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

O fato da manutenção do transporte escolar deve ser analisado sob dois aspectos.

O **primeiro** diz respeito à manutenção dos contratos com as empresas privadas que prestam os serviços terceirizados durante o período de paralisação. Neste caso, deve-se levar em consideração no momento da decisão a respeito da rescisão ou revisão do contrato o fato de que as empresas prestadoras estão estruturadas para tanto, com recursos humanos, materiais e financeiros mobilizados para a operação dos serviços, e que a sua desarticulação pode gerar prejuízos não apenas ao negócio privado mas também à administração.

Com efeito, o momento atual exige do gestor proceder orientado pelo princípio da razoabilidade, especialmente nos casos em que a normatização existente não atende ao excepcional momento que se vive.

Deverá o poder público municipal adotar medidas de contenção da despesa, mas com racionalidade e, sobretudo, com a projeção de retomada das atividades. Assim, seria prejudicial desarticular integralmente a estruturação existente, também porque coloca em risco a própria atividade empresarial dos prestadores de serviço, seja de forma direta ou terceirizada, quer dizer, é importante buscar um equilíbrio entre a eficiência administrativa e a condição de subsistência das empresas prestadoras de serviços de transporte escolar.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, emitiu a Nota Técnica n. 02/20, a qual discorre sobre a suspensão do serviço de transporte escolar frente a situação de calamidade atualmente vivenciada. No parecer é possível identificar que o Tribunal facultou aos municípios a hipótese de antecipação de pagamento dos valores atinentes a este serviço, nos termos do inciso III do art. 15 da Lei n. 8.666/93, embora destaque que este não deva ser um procedimento corriqueiro na administração pública, admitido em situações excepcionais com vistas a melhor atender ao interesse público.

Dada a excepcionalidade, é possível então tanto a antecipação de pagamento, como a renegociação dos contratos (diante do velho princípio *rebus sic stantibus*) para que, enquanto os serviços não são prestados na integralidade, os valores sejam reduzidos; isso é possível por meio de ato infralegal. Veja-se que a desmobilização total do prestador de serviço pode gerar a falência do seu negócio, o que, a médio prazo, geraria ainda mais danos ao erário, que necessitaria buscar um novo prestador do serviço. Assim, o ente municipal poderá negociar os contratos em vigor, mediante aditivo contratual, para:

1. Prever a prorrogação do termo ao final do contrato por um período adicional necessário ao cumprimento das atividades letivas e outras que originaram a contratação referida;

2. **Ajuste** do valor acordado na relação contratual, com a incidência de um percentual visando a **redução financeira** prevista no termo, enquanto perdurar a paralisação, o afastamento do trabalho e a inexecução das atividades, conforme a razoabilidade da medida, buscando o equilíbrio entre a despesa e a condição pessoal dos contratados;

3. De igual forma, pode o contrato ser aditado para suspender sua vigência pelo período da paralisação, com a conseqüente suspensão do pagamento do mesmo, prorrogando sua validade no final do prazo estabelecido originariamente, visando a conclusão do ano letivo.

Observe-se que após a retomada regular dos trabalhos, o termo aditivo resta sem efeito, e a remuneração fixada igualmente retoma seu valor previsto inicialmente no contrato.

O **segundo aspecto** que tem causado espécie nas administrações se refere ao transporte de alunos da rede pública estadual no âmbito territorial dos municípios que não retomaram as aulas na rede municipal, mas que também não proibirão a reabertura das escolas estaduais.

Ab initio, considerando-se a normatização estadual (o próprio Decreto Estadual n. 55.128/20 e seus subseqüentes), que declarou estado de calamidade pública em todo o território do Estado do Rio Grande do Sul, bem como todos os decretos municipais expedidos pelos municípios gaúchos, os quais ratificam a condição excepcional de calamidade evidenciada pelo vírus Covid 19, de alta propagação entre a população e ainda sem indícios científicos que possam evitar a contaminação em massa da população, entende-se que não há no momento condições de manutenção do transporte escolar em virtude da falta de condições de segurança para a prestação deste serviço.

Todavia, outro fato deve implicar na decisão dos municípios acerca disso, qual seja, o não pagamento pelo Estado, desde março, inclusive, dos valores do PEATE². Quanto a isso, espera-se que diante da decisão de retomada das aulas nas escolas estaduais o Estado retome os pagamentos devidos, e, nesta medida, os Municípios possam retomar, nesta proporção, os serviços. Opina-se, neste tocante, que a administração municipal provoque a Estadual, para que retome imediatamente os pagamentos.

Por ora, deve-se frisar que não há obrigação legal para o Município retomar os serviços exclusivamente para o Estado, na medida em que não há condições financeiras locais para suportar obrigação de outro ente, sem a conseqüente contrapartida financeira – gize-se que se superada pudesse ser o argumento sanitário, as medidas para adaptar os veículos de transporte também seria financeiramente custosas. E é evidente que as relações convenientes entre Estado e Municípios para a realização do transporte escolar pressupõem impositivamente a satisfação das obrigações ajustadas por ambas as partes.

² PEATE - Programa Estadual de Apoio ao Transporte Escolar, foi instituído pela Lei n 12.882/08, coordenado pela secretaria do Estado de Educação e suas coordenadorias regionais de educação, de modo articulado sob o regime de colaboração entre municípios e Estado, o qual repassa recursos financeiros aos 464 municípios habilitados em 2020, em dez parcelas mensais entre os meses de fevereiro a novembro.

3 CONCLUSÃO

Portanto, quanto ao retorno às aulas, seja da rede própria ou do Estado, cabe ao Município definir, por meio de lei ou decreto local, como proceder na ocupação dos espaços públicos, bem como em relação às atividades privadas que envolvam aglomerações, neste momento, ainda vetadas. Veja-se que o Município não pode e não irá interferir na essência da atividade escolar do Estado, eis que não é da sua atribuição constitucional, mas pode determinar as regras de funcionamento dos espaços públicos e privados no seu território, especialmente neste período de excepcionalidade, inclusive o fechamento das escolas.

Em caso de abertura das escolas, cabe ao Município publicar os protocolos técnicos necessários que entenda aplicáveis ou adotar os procedimentos previstos pelo Estado, visando dar maior segurança ao conjunto de pessoas envolvidas no retorno das aulas. As definições e adequações são de competência do ente municipal.

Quanto aos contratos de transporte escolar, que são **medidos para aferir e comprovar a liquidação da despesa**, estes poderão ser **renegociados** por conta da necessária redução da despesa. Desta forma, em vez de suspender contrato e pagamento, pode ser **firmado termo aditivo ajustando o valor ao que efetivamente a empresa possui de despesa fixa**, que não pode ser alterada ou reduzida, a não ser pela demissão ou alienação dos seus ativos.

Porto Alegre, 14 de setembro de 2020.

FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE MUNICÍPIOS/RS – FAMURS

CONSULTORIA EM DIREITO PÚBLICO - CDP