

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA DE VERA CRUZ

PROCESSO Nº 11681e20

PARECER Nº 01289-20

EMENTA: AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL COM RECURSOS DO FUNDEB 40%. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NA LEI. PAGAMENTO DO VENCIMENTO DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO, DURANTE A PANDEMIA. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS ESTÁ CONDICIONADA À OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO FÁTICA.

1) Todavia, vale reiterar que não há a previsão expressa na norma de que a aquisição de EPIs para os profissionais da educação seja considerada uma ação de manutenção e desenvolvimento da educação básica, embora, no nosso entendimento, ela seja necessária ao funcionamento do ensino, durante a pandemia, já que a ausência de tais equipamentos impedirá o exercício seguro das atividades de tais profissionais.

2) Salvo disposição legal em contrário, uma vez cessadas as condições ou a atividade que dão ensejo ao recebimento dos adicionais de caráter temporário, que pela sua própria natureza, em regra, não são incorporados aos vencimentos dos servidores do magistério de forma definitiva, o Gestor poderá suspender o seu pagamento até que o serviço voltasse a ser efetivamente prestado. Contudo, em relação às vantagens incorporáveis aos vencimentos, elas não poderão ser retiradas, devendo manter o seu pagamento.

3) O trabalho em home office não gera automaticamente a manutenção do pagamento de horas extras, caso o serviço esteja sendo executado dentro da jornada de trabalho comum. Todavia, sendo requisitado pela Administração a prestação de serviços extraordinários, além da jornada de trabalho, validamente executados e atestados por quem cabia, haveria a possibilidade do pagamento das horas adicionais.

O **Secretário de Educação do Município de Vera Cruz**, Sr. Raimundo Pereira Gonçalves Filho, por meio de expediente endereçado ao Presidente deste TCM/BA, aqui protocolado sob o nº 11.681e20, faz-nos inúmeros questionamentos, os quais serão especificados abaixo.

Registre-se, inicialmente, que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Prestados tais esclarecimentos inaugurais, tem-se que é de conhecimento geral a situação delicada e preocupante que o mundo todo está vivendo em face da rápida disseminação e contaminação propagada pelo coronavírus no corpo humano, ante o elevado número de doentes e mortes contabilizadas até o momento.

Em face deste cenário calamitoso, as autoridades internacionais e nacionais vêm adotando medidas urgentes ao combate do temido COVID-19, com a veiculação e publicação de inúmeros atos normativos a fim de regulamentar as relações jurídicas neste contexto de pandemia.

Nesta esteira, o Governo Federal publicou em 28.05.2020, a Lei Complementar nº 173/20, instituindo o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-Cov-2 (Covid-19), que, dentre outras medidas, implementou a ajuda financeira aos Estados e Municípios a fim de contribuir tanto no combate ao coronavírus, quanto no controle dos efeitos econômicos e na recessão, decorrentes da pandemia.

A referida legislação, pautada também na busca do equilíbrio das contas públicas, promoveu alterações definitivas em alguns dispositivos da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), especialmente os relacionados à situações de calamidade pública.

Aliada às finalidades delineadas acima, a LC nº 173/2020, no seu art. 8º, inovou no ordenamento jurídico ao estabelecer medidas restritivas na área de pessoal, com vistas a evitar o aumento de despesa, destinadas à União, aos Estados e Municípios que tiverem reconhecida a ocorrência de calamidade pública pelas respectivas casas legislativas, conforme preceitua o *caput*, do art. 65, da LRF. Tais ações produzirão efeitos até a data de 31.12.2021.

As proibições buscam rigorosa contenção de gastos, especialmente relativos ao quadro de pessoal, e devem ser analisadas à luz do cenário de absoluta excepcionalidade que levou a União a ofertar auxílio financeiro aos demais entes federativos, exigindo-lhes, em contrapartida, severo equilíbrio das contas públicas.

Feitas algumas considerações, passaremos a responder às perguntas elaboradas pelo Consultante.

1) Que possíveis repercussões da violação ao artigo 42 da LRF frente à pandemia e o que representa a aprovação para os gestores do projeto de lei 39/2020?

Resposta - Esta Assessoria Jurídica já se manifestou em resposta ao **Processo TCM nº 08716e20**, sobre a suspensão dos efeitos do art.42, da LRF, enquanto perdurar o estado de calamidade pública no que tange atos praticados para o enfrentamento do Covid.

À luz do art. 7º, da LC nº 173/2020, que introduziu novos dispositivos no art. 65, da LRF, o Gestor que, excepcionalmente, incidir na conduta do art. 42, da Lei de Responsabilidade Fiscal não poderá ser penalizado pelos Órgãos de Controle, tampouco tal irregularidade poderá influir no mérito das contas da respectiva municipalidade, acaso, conforme estabelece o citado diploma legal, os recursos tiverem sido aplicados em finalidades diretamente ou indiretamente relacionadas ao combate dos efeitos provocados pelo COVID-19.

2) No sentido de preservar a saúde emocional e financeira, dos educadores a maioria dos municípios está, mesmo com dificuldade, mantendo os Contratos precários ou Reda:

2.1) Se eles estiverem trabalhando em home office, poderão ser demitidos?

Resposta - Não há razão para serem demitidos se os serviços estão sendo prestados.

2.2) Se eles estiverem recebendo seus vencimentos, mas não estiverem trabalhando em home office e nem produzindo atividades remotas para os alunos, o município sofrerá alguma sanção?

Resposta - A Constituição Federal, em seu art.37, inciso XV, determina que os vencimentos de cargos e empregos públicos são irredutíveis. Desta forma, as vantagens incorporáveis aos vencimentos, aquelas que são definidas em lei como inerentes ao cargo, não poderão ser retiradas.

Por outro lado, na hipótese de ficar cabalmente demonstrado pelo Prefeito que as atividades realizadas pelos professores não oferecem condições de serem executadas remotamente no âmbito do respectivo Município, não havendo outra maneira do serviço ser prestado a não ser com a presença física no ambiente de trabalho, **não será devido o pagamento das verbas temporárias** que possuem como fato gerador a efetividade da prestação, na medida em que a execução da despesa pública requer obediência às três etapas previstas na Lei nº 4.320/64, quais sejam: empenho, liquidação e pagamento.

Dizendo de outro modo, **se a realidade fática municipal não permitir a prestação dos serviços dos professores a ensejar o pagamento das gratificações previstas no respectivo estatuto que possuem como requisito primordial o “efetivo exercício”, não há como se sustentar o seu adimplemento, pois, em conformidade com as normas do Direito Financeiro, a despesa pública para ser paga, em regra, é imprescindível que ocorra a sua prévia liquidação. O Gestor necessita certificar-se que a real prestação de serviços ocorreu nos moldes pactuados, a fim de proceder o dispêndio do recurso público.**

Logo, salvo disposição legal em contrário, uma vez cessadas as condições ou a atividade que dão ensejo ao recebimento dos adicionais de caráter temporário, que pela sua própria natureza, em regra, não são incorporados aos vencimentos dos servidores do magistério de forma definitiva, o Gestor poderá suspender o seu pagamento até que o serviço voltasse a ser efetivamente prestado. Contudo, em relação às vantagens incorporáveis aos vencimentos, elas não poderão ser retiradas, devendo manter o seu pagamento.

2.3) Poderá o município manter o pagamento dos profissionais que não estiverem trabalhando em home office, mas criando um banco de horas pagas para no retorno das atividades presenciais serem computadas em seus vencimentos?

Resposta – De logo, registre-se que não há previsão legal para a utilização de banco de horas em virtude da redução momentânea da carga horária trabalhada, durante a pandemia, e posterior compensação, quando do retorno das atividades letivas.

Cumprе ressaltar que o que o Estatuto do Magistério Público do Ensino Fundamental e Médio do Estado da Bahia prevê é a possibilidade de **concessão de horário especial** ao servidor do Magistério Público Estadual do Ensino Fundamental e Médio, **estudante**, que demonstrar incompatibilidade de horário escolar com o da Unidade de Ensino, dispondo da forma que segue, em seu art.54:

Art.54- Poderá ser concedido horário especial ao servidor do Magistério Público Estadual do Ensino Fundamental e Médio, estudante, quando comprovada a incompatibilidade de horário escolar com o da Unidade de Ensino, sem prejuízo do exercício do cargo.

Parágrafo único - Para efeito do disposto neste artigo, será exigido a compensação de horários da Unidade de Ensino, respeitada a duração da jornada de trabalho semanal.

Desta forma, percebe-se que será exigida a compensação de horários, **respeitada a jornada de trabalho semanal.**

O Governador do Estado da Bahia, mediante o Decreto n. 19.529/2020, que previu medidas temporárias para enfrentamento da pandemia, estabeleceu que as atividades letivas fossem compensadas “nos dias reservados para os recessos futuros”.

Depreende-se que a suspensão do governo estadual referiu-se apenas as atividades letivas nas unidades de ensino que são desenvolvidas quando o profissional está presente em classe, as atividades educacionais não letivas que seriam realizadas nos períodos de recesso, a exemplo do planejamento do conteúdo programático, montagem das aulas, confecção do material didático, reunião de planejamento e etc, **podem ser executadas neste interregno em sistema de ‘teletrabalho’ ou serviço remoto, como vêm acontecendo em grande parte dos serviços públicos, para que não sofram solução de continuidade neste momento.**

2.4) Se o município não retornar as aulas dos alunos matriculados na creche e educação infantil e mantiver os salários em dia desses profissionais efetivos ou temporários, há alguma irregularidade?

Resposta - A Constituição Federal, em seu art.37, inciso XV, determina que os vencimentos de cargos e empregos públicos **são irredutíveis. Desta forma, as vantagens incorporáveis aos vencimentos, aquelas que são definidas em lei como inerentes ao cargo, não poderão ser retiradas.**

É essencial destacar que, na hipótese de ficar cabalmente demonstrado pelo Prefeito que as atividades realizadas pelos professores não oferecem condições de serem executadas remotamente no âmbito do respectivo Município, não havendo outra maneira do serviço ser prestado a não ser com a presença física no ambiente de trabalho, não será devido o pagamento das verbas temporárias que possuem como fato gerador a efetividade da prestação, na medida em que a execução da despesa pública requer obediência às três etapas previstas na Lei nº 4.320/64, quais sejam: empenho, liquidação e pagamento.

Neste sentido já se manifestou essa Assessoria Jurídica, em resposta à Consulta nº 08716e20, relacionada à interrupção do pagamento de gratificações aos profissionais da educação durante a crise do coronavírus.

2.5) As atividades letivas para cômputo de carga horária, excepcionalmente, no ano letivo de 2020 que serão compensadas "nos dias reservados para os recessos futuros" deverão ser pagas como extras ou serão compensados com salários pagos aos servidores no período em que não exerceram nenhum tipo de atividade remota?

Resposta- Compensação não se confunde com horas extras, uma vez que os fatos geradores são distintos. Se as atividades que não estão sendo realizadas agora forem realizadas no recesso, paga-se na oportunidade o salário normal e não hora extra.

2.6) O professor que se recusar a participar do "trabalho" terá suspenso seus vencimentos ou terão que compensar quando as aulas presenciais retornarem?

Resposta - Entende-se que resta prejudicada a manifestação desta Assessoria Jurídica no tocante a este questionamento, uma vez que, como já pacificado nas Cortes de Contas pátrias, as manifestações consultivas não se prestam a “substituir a Administração na atividade de promover a gestão pública, de modo a dizer previamente qual é a melhor alternativa que o gestor público deve adotar.” (TCU - Acórdão 222/2018-Plenário, 07.02.2018)

As consultas são manifestações em tese e não sobre casos concretos (art. 209, parágrafo único, III, do Novo Regimento Interno TCM/BA), de modo que não há espaço para examinar as formas para se viabilizar uma possível decisão administrativa em determinado município, o que acarretaria adentrar no campo da discricionariedade e conveniência administrativa.

Ademais, as Consultas em sede de Tribunais de Contas não se prestam a validar atos futuros dos gestores municipais, como pretendido pelo Consulente, que solicita parecer para “suspender vencimentos do professor que se recusar a participar do trabalho ou compensar no retorno das aulas presenciais”. Em

verdade, é o sistema de controle interno de cada Ente, amparado nas fontes do Direito, notadamente, na legislação, doutrina e jurisprudência, que deve subsidiar as decisões gerenciais do gestor público, não cabendo ao controle externo o papel de controle prévio.

No mesmo sentido é farta a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

“Não pode o TCU substituir a Administração na atividade de promover a gestão pública, de modo a dizer previamente qual é a melhor alternativa que o gestor público deve adotar. O Tribunal não é órgão consultivo da Administração Pública, cabendo ao gestor efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda ao interesse público, para, então, decidir sobre sua forma de ação.” (TCU - Acórdão 222/2018-Plenário, 07.02.2018)

“De regra, o TCU não é órgão consultivo da Administração Pública, responsável pelo controle prévio dos atos de gestão. Cabe ao gestor, com base em pareceres de órgãos competentes, efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda ao interesse público, para então decidir sobre sua forma de ação.” (TCU - Acórdão 1901/2009-Plenário, 26.08.2009)

2.7) Que sanções podem sofrer o servidor que descumprir o decreto do prefeito acerca do trabalho?

Resposta - Neste questionamento também estamos diante de um ato de gestão. Desta forma, **as Consultas em sede de Tribunais de Contas não se prestam a validar atos futuros dos gestores municipais, como pretendido pelo Consulente. Em verdade, é o sistema de controle interno de cada Ente, amparado nas fontes do Direito, notadamente, na legislação, doutrina e jurisprudência, que deve subsidiar as decisões gerenciais do gestor público, não cabendo ao controle externo o papel de controle prévio.**

2.8) Na hipótese de o empregado não possuir equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessários e adequada à prestação de do teletrabalho, do trabalho remoto

o empregador é obrigado a fornecer o equipamento para realização desse trabalho presencial para o teletrabalho?

Resposta- **A Medida Provisória nº 927**, de 22 de março de 2020, **que teve seu prazo de vigência encerrado em 19 de julho de 2020**, previa em seu art. 4º, §3º, que o empregador deveria arcar com as despesas de aquisição de equipamento tecnológico do empregado para a adequada prestação do teletrabalho.

Porém, esta norma, além de contemplar medidas trabalhistas para preservação do emprego e renda durante a pandemia, não se referindo ao serviço público, seu prazo de vigência expirou em julho deste ano.

Desta sorte, podemos concluir que no âmbito da Administração Pública não há a obrigatoriedade de arcar com a despesa para o fornecimento do equipamento tecnológico para a prestação do teletrabalho.

2.9) Mesmo o professor não estando em sala de aula, realizando as atividades acima expostas de segundas às sextas - feiras pode receber, as horas excedentes, ou seja, extraordinárias?

Resposta - Tem-se que as horas extras são devidas quando há uma extrapolação nos limites da duração da jornada de trabalho normal. Desta forma, a legalidade do seu adimplemento está limitada a uma situação fática condicional, ou seja, será devida apenas quando presentes as circunstâncias que a permitem, em outras palavras, quando a carga horária de trabalho ultrapassar a jornada comum.

Ressalte-se, que com relação aos professores, o pagamento de horas extras está vinculado com a carga horária da sua jornada de trabalho total, ou seja, não está associado exclusivamente com os trabalhos executados na sala de aula, mas sim, relacionado com o período rotineiro que o servidor está prestando serviços à Administração.

Conforme questionado pelo Consultante, na situação de suspensão das atividades letivas por conta da pandemia do Coronavírus, existindo a continuidade do serviço por meio do home office, haveria a possibilidade de manutenção do pagamento das gratificações, conforme explicado anteriormente.

Por outro lado, acerca das horas extras, via de regra, o trabalho em home office não gera automaticamente a manutenção do seu pagamento, caso o serviço esteja sendo executado dentro da jornada de trabalho comum. Todavia, sendo requisitado pela Administração a prestação de serviços extraordinários, além da jornada de trabalho, validamente executados e atestados por quem cabia, haveria a possibilidade do pagamento das horas adicionais.

2.10) Como alterar os contratos vigentes para atender a demanda do distanciamento dos alunos?

Resposta: Entende-se que o questionamento se refere sobre a possibilidade de se repactuar o objeto do contrato, tendo em vista as consequências do novo coronavírus sobre as atividades presenciais na educação pública, como por exemplo a necessidade do distanciamento social.

Registre-se que para os contratos em execução a Lei que deverá regê-los é a de Licitações e Contratos, que assim dispõe sobre a alteração contratual:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Importante ressaltar, por oportuno, que o Tribunal de Contas do Estado de Tocantins (TCE-TO), através da publicação do artigo “Contratações Públicas em tempos de Coronavírus: Visão Contextualizada da Lei 13.979/2020 e Análise dos prováveis impactos da Pandemia da Covid-19 nos Contratos Administrativos em execução”, dispôs que a Lei nº 13.979/2020 não afastou a aplicação da Lei nº 8.666/93 para a disciplina dos contratos durante a pandemia. Senão vejamos:

“A Lei 13.979/2020 estabelece regime jurídico próprio, a afastar a incidência da Lei 8.666/93 e da Lei 13.303/2016, no que diz respeito aos contratos em execução?

Não. O art. 1º da Lei 13.979/2020 deixa evidente que as medidas previstas na lei poderão ser adotadas com o único objetivo de enfrentar as conseqüências da ESPIN. A norma estabelece, evidentemente, regras específicas quanto às contratações para atender à emergência em causa, bem como define várias medidas a serem adotadas pelo Poder Público que podem ter reflexos nos contratos em execução.

Porém, não se pode extrair qualquer conclusão no sentido de haver a Lei 13.979/2020 afastado a aplicação da Lei 8.666/93 (lei geral de licitações e contratos) ou da Lei 13.303/2016 (estatuto jurídico da empresa pública), normas cuja incidência não foi afastada de nenhuma forma. Significa dizer que as providências que eventualmente seja necessário adotar na gestão dos contratos administrativos em execução devem observar tais leis.

Por exemplo: pode ser necessário, em virtude da ESPIN, promover-se alteração qualitativa ou quantitativa do objeto originalmente pactuado; ao adotar essa providência, a Administração deverá observar estritamente as disposições do art. 65 da Lei 8.666/93, que estabelecem limites a tais alterações e, no caso das

estatais, a vedação (implícita) às alterações unilaterais (caput do art. 81 da Lei 13.303/2016), para citar apenas alguns dispositivos legais a serem observados.

É certo que os contratos administrativos, regidos por normas de direito público, são amparados pelas cláusulas exorbitantes como prerrogativas da Administração Pública. Isso significa que ao Poder Estatal alcança a possibilidade de alterações unilaterais aos termos contratuais. No entanto, faz-se urgente, desde já, esclarecer que a flexibilidade do contrato administrativo é limitada pela imutabilidade da essência do objeto[2].

Considerando a regência da Lei n. 8.666/1993, resta observar suas determinações acerca das alterações contratuais:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;”

Contudo, deve-se ter cautela quanto à mutabilidade do objeto. Vejamos o posicionamento do doutrinador Joel de Menezes Niebuhr:

A mutabilidade do objeto do contrato é princípio que serve a possibilitar a adequação dele às novas demandas do interesse público. O ponto-chave reside na palavra adequação. A **alteração presta-se a promover adequações, não a transformar o objeto do contrato noutra, com funcionalidade diferente. Portanto, ainda que se possa alterar o objeto do contrato, deve-se preservar a sua identidade (Princípio da identidade do objeto)**. A alteração do objeto do contrato não pode tocar à funcionalidade básica dele. Noutras palavras, a finalidade da contratação ou a demanda a ser atendida por ela devem ser as mesmas, não podem ser o foco de alteração. A alteração adapta dado objeto, não o transforma em coisa diferente. (Grifo nosso)

Como se pode ver há a possibilidade de adequação do contrato às novas demandas do interesse público, não podendo a Administração promover alterações que modifiquem a essência do objeto contratado.

É neste sentido também a jurisprudência do TCU, mediante a Decisão 215/1999-Plenário:

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; [...] que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência. (TCU. Acórdão nº 4.935/2012, 2ª Câmara. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Julg. 10.7.2012. Publ. 10.7.2012)

Levantamento de auditoria. Descaracterização do objeto.

Acordão

9.1. determinar, ao Ministério da Integração Nacional, que condicione a liberação de recursos para as obras da Adutora Santa Cruz à:

9.1.1. realização de nova licitação, uma vez que se mostra descaracterizado o interesse público em proceder ao aproveitamento do contrato [...], firmado com o Consórcio [...].

Voto

Sendo assim, conclui-se que o Município poderá adequar o contrato às demandas oriundas dos efeitos provocados pelo novo coronavírus, como o distanciamento social, porém não poderá alterar a natureza nem o propósito do contrato.

2.11) O município, diante da situação atual em que nos encontramos, pode reduzir salários dos professores concursados em regras de 40h semanais e/ ou contratados em mesmo regime de carga horária, enquanto perdurarem os efeitos da suspensão das aulas causadas pelos decretos formados em virtude da Covid19?

Resposta- Não é recomendável a redução unilateral dos vencimentos dos professores (efetivos e temporários), com a manutenção da carga horária original. Trata-se de uma medida que viola a garantia constitucional da irredutibilidade dos vencimentos, pois implica na redução do seu valor nominal, além de causar um impacto negativo na renda e no sustento das famílias destes servidores, agravando os efeitos danosos causados pela crise econômica decorrente da pandemia.

2.12) Durante o período de suspensão das atividades escolares, caso o município desenvolva o programa de teletrabalho visando minimizar os efeitos da suspensão das aulas no aprendizado do corpo discente, é possível efetivar o pagamento desses contratos, ainda, que essas atividades não sejam consideradas formalmente para fins de carga horária?

Resposta - No período da suspensão das aulas presenciais e em face da compensação determinada pelo Governador, há a possibilidade de que sejam praticadas as atividades que regularmente o corpo docente, incluindo os professores contratados por prazo determinado, desenvolveria durante o recesso escolar, até porque, diante deste novo

cenário, a reposição das aulas em outro momento implicará, conseqüentemente, na alteração do calendário escolar e uma readequação do conteúdo a ser ministrado ao corpo discente, a fim de atender as determinações do Ministério da Educação e, em especial, as regras dispostas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação quanto à quantidade mínima de horas-aulas a serem ministradas durante o ano letivo.

Ademais, é interessante lembrar ainda que, por força do isolamento social, é recomendável que as reuniões do corpo docente neste período de planejamento, reestruturação do conteúdo, das aulas e etc, sejam realizadas por plataformas de comunicação online, a exemplo, do Google Meet, já utilizadas, registre-se, por alguns Estados.

Desta forma, o Gestor possui como alternativa para minimizar os efeitos da suspensão das aulas, a realização das aulas através das referidas plataformas digitais, devendo ser obrigatório o pagamento dos profissionais, de acordo com os termos pactuados.

2.13) Se o professor realiza uma atividade complementar (sem a presença do educando) dentro da sua jornada de trabalho, o município é obrigado a pagar um percentual a maior por essa atividade que já está sendo desenvolvida dentro de sua jornada de trabalho?

Resposta – Frise-se que o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, mediante a cartilha de “Perguntas e Respostas sobre Atos de Admissão de Pessoal”, assim entendeu:

“A Constituição Federal, no inciso II do seu artigo 37, determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público. Para cada cargo público, as funções são definidas de maneira que correspondam a um conjunto de atribuições conferidas à responsabilidade do agente que o ocupa.

Em princípio, com fulcro na segurança jurídica e no princípio do concurso público, não há que se permitir que o servidor venha a exercer funções distintas daquelas que caracterizam o cargo para o qual prestou concurso público, sob pena de configurar em desvio de função. As atribuições próprias de um cargo na Administração Pública são determinadas pela lei que o criou ou por ato normativo

a ela vinculado; qualquer interferência no sentido de modificar a forma original desse complexo é ilegal, pois significa conceder competências que a lei não autorizou ou abolir as que a lei já atribuiu.

Todavia, em situações excepcionais e devidamente motivadas o servidor poderá, de forma transitória, executar funções inerentes a outro cargo, cabendo um paralelo com o disposto pela Lei Federal nº 8.112/90, a qual no inciso XVII do seu artigo 117, **estabelece como proibição “cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias”**. A analogia passa a ser meio integrativo e conveniente nesse caso. Insta ressaltar que, em situações de emergência ou de calamidade pública, os estados e os municípios poderão se utilizar, caso mais viável, do instituto da contratação temporária de pessoal para atender à necessidade temporária e de excepcional interesse público, conforme previsto no inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, desde que atendidos todos os requisitos dispostos no ordenamento jurídico.

No caso da situação atual, face à pandemia do Covid-19, é razoável o cometimento a servidor, de atribuições diversas das correspondentes ao cargo do qual é titular, desde que de forma transitória e condizentes com suas condições físicas e habilidades técnicas correntes. Ademais, cabe a observância ao máximo, da similitude entre as atribuições inerentes ao cargo ocupado e aquelas que serão desempenhadas na situação emergencial, respeitando imprescindivelmente, às condições e às peculiaridades exigidas para cada cargo, inclusive atentando à existência de lei disposta sobre restrições e requisitos específicos ao seu ocupante.” (Grifo nosso)

Percebe-se que o TCE – PE, aplicando, por analogia, o artigo 117, XVII, da Lei Federal nº 8.112/90, admite que o servidor, em virtude da situação de emergência, realize, transitoriamente, atribuições diversas das correspondentes ao cargo do qual é titular. Contudo, deve-se ter cautela para que não haja desvio de função.

Por outro lado, se o servidor não for executar atividades estranhas ao seu cargo, se esta "atividade complementar", a qual o Consulente se refere **corresponder à prestação de serviços extraordinários**, além da jornada de trabalho, se forem validamente executados e atestados por quem cabia, haverá a possibilidade do pagamento das horas adicionais. **Contudo, o trabalho em home office se for executado dentro da jornada de trabalho comum não gera o pagamento das horas extras.**

2.14) Lei 11.738/2008 prevê que a jornada do magistério respeite a proporção máxima de dois terços da carga horaria para o desempenho de atividade de interação com os educandos - com um terço da jornada destinado a atribuições sem educandos.

a) Se pela Lei um professor de 40 horas semanais tem direito ao mínimo de cerca de 13 horas de atividades sem educandos, significa que ele terá de cumprir 27 horas com educandos.

b) Se a hora/aula for de 45 minutos quantas aulas o professor terá que ministrar para atingir essas 27 horas?

c) E se for a hora/aula de 50 minutos?

Resposta- Nestes questionamentos também estamos diante de um ato de gestão, cuja decisão é do Secretário de Educação. Desta forma, as Consultas em sede de Tribunais de Contas não se prestam a validar atos futuros dos gestores municipais, como pretendido pelo Consultante, que solicita parecer para “suspender o pagamento dos vencimentos dos professores ou promover a compensação quando as aulas presenciais retornarem”. Em verdade, é o sistema de controle interno de cada Ente, amparado nas fontes do Direito, notadamente, na legislação, doutrina e jurisprudência, que deve subsidiar as decisões gerenciais do gestor público, não cabendo ao controle externo o papel de controle prévio.

2.15) É legal a manutenção dos pagamentos de gratificações aos servidores públicos havendo paralisação ou redução da prestação de serviços continuidade do pagamento de regência de classe, aulas complementares, horas extras, desdobramentos para os profissionais de educação durante o período de suspensão das aulas por conta da pandemia do coronavírus?

Resposta: De logo, vale salientar que esta Assessoria Jurídica já se posicionou sobre esta temática no processo nº **05883e20**. Cumpre registrar que, em face das regras relacionadas à pandemia já publicadas no ordenamento jurídico, **admite-se, em tese e excepcionalmente, a manutenção do pagamento de eventuais vantagens previstas no Estatuto do Magistério**, que utilizam como critério para sua percepção o “efetivo

exercício”, na medida em que além da suspensão das atividades letivas nas redes de ensino públicas e particulares poderem ser enquadradas como “falta justificada ao serviço público”, o Decreto Estadual nº 19.529/2020, estabeleceu a sua compensação futura no recesso escolar. Desta forma, as atividades educacionais não letivas que seriam realizadas nos períodos de recesso, a exemplo do planejamento do conteúdo programático, montagem das aulas, confecção do material didático, reunião de planejamento e etc, poderiam ser executadas neste interregno, em sistema de ‘teletrabalho’ ou serviço remoto, como vêm acontecendo em grande parte dos serviços públicos, para que não sofram solução de continuidade neste momento.

2.16) É legal a manutenção da ampliação de carga ou hora extras (o que é conhecido com desdobramento da carga horaria) havendo paralisação ou redução da prestação de serviços ?

Resposta: No âmbito federal, os artigos 19, *caput*, 73 e 74 da Lei nº 8.112/1990, que “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, estabelecem que:

“Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.

Art. 73. O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho.

Art. 74. Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas por jornada.”

No âmbito estadual, os artigos 24 e 90 da Lei nº 6.677/1994, que “Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Bahia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais”, vaticinam que:

“Art. 24 – O ocupante do cargo de provimento permanente fica sujeito a 30 (trinta) horas semanais de trabalho, salvo quando a lei estabelecer duração diversa.

Art. 90 – O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho, salvo em situações especiais definidas em regulamento.

Parágrafo único – Somente será permitida a realização de serviço extraordinário para atender situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de

2 (duas) horas diárias, podendo ser elevado este limite nas atividades que não comportem interrupção, consoante se dispuser em regulamento.”

Desse modo, tem-se que, na esfera municipal, é possível o pagamento das horas extras prestadas pelos servidores públicos efetivos estatutários, desde que previsto no respectivo Estatuto, conforme exigência contida no artigo 37, X, da Constituição Federal.

Tal Estatuto deve ser editado à luz dos preceitos contidos na Carta Magna, inclusive no que concerne à carga horária de trabalho do servidor, hipóteses de prestação de horas extras, limite e percentual a ser adimplido.

Observe-se que, de acordo com o texto constitucional (artigo 37, *caput*), a atuação da Administração Pública é estritamente subordinada ao Princípio da Legalidade, de onde infere-se que os gestores, no desempenho da função pública, apenas estão autorizados a fazer aquilo que a Lei autoriza.

Com efeito, a Administração não dispõe do mínimo poder decisório nas questões que regulam a relação laboral com seus servidores. Todos os direitos e vantagens decorrem de disposição legal.

Feitas tais considerações atinentes aos servidores públicos efetivos estatutários, insta acrescentar que, em regra, os ocupantes de cargo em comissão submetem-se a regime integral de dedicação ao serviço, não havendo que se falar, por conseguinte, na prestação e pagamento de horas extraordinárias.

Veja-se, inclusive, que, no âmbito federal, o artigo 19, § 1º, da Lei nº 8.112/1990 estabelece que:

“Art. 19. § 1º O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração.”

Frise-se, porque necessário, que cabe à Administração a responsabilidade, segundo sua necessidade e conveniência, de requisitar os serviços extraordinários de um servidor, para além da sua jornada habitual de trabalho.

Dito isso, tem-se que as horas extras são devidas quando há uma extrapolação nos limites da duração da jornada de trabalho normal. Logo, a legalidade do seu pagamento está adstrita a uma situação fática condicional, ou seja, será devida quando configurada as circunstâncias que a autorizam, em outras palavras, quando a carga horária de trabalho ultrapassar a jornada comum.

Ressalte-se, que com relação aos professores, o pagamento de horas extras está vinculado com a carga horária da sua jornada de trabalho total, ou seja, não está associado exclusivamente com os trabalhos executados na sala de aula, mas sim, relacionado com o período rotineiro que o servidor está prestando serviços à Administração.

Conforme questionado pelo Consulente, na situação de suspensão das atividades letivas por conta da pandemia do Coronavírus, existindo a continuidade do serviço por meio do home office, haveria a possibilidade de manutenção do pagamento das gratificações, conforme explicado anteriormente.

Por outro lado, acerca das horas extras, via de regra, o trabalho em home office não gera automaticamente a manutenção do seu pagamento, caso o serviço esteja sendo executado dentro da jornada de trabalho comum. Todavia, sendo requisitado pela Administração a prestação de serviços extraordinários, além da jornada de trabalho, validamente executados e atestados por quem cabia, haveria a possibilidade do pagamento das horas adicionais.

2.17 Qual a legalidade os professores fazerem greve nesta época de pandemia por reajuste salarial? Sendo que estamos com pagamento em dia e ninguém recebem seus vencimentos abaixo do piso nacional.

Resposta: A competência para decidir/opinar sobre a legalidade ou não de greve é da Justiça do Trabalho.

3. No momento de pandemia, com as atividades das escolas suspensas, profissionais de apoio que atuam nas unidades escolares, poderão ser cedidos para outras secretarias

sem fazer alteração na fonte do recurso para o pagamento? Ou seja, poderá continuar recebendo dentro do FUNDEB, 40% ou devem receber pelos 25%?

Resposta - A Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, prevê em seu art.71, VI, que não constitui despesa de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino, como podemos constatar da transcrição abaixo:

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

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

Frise-se. Desta forma, que não poderá o Município efetuar o pagamento de servidores cedidos para outras secretarias com recursos do FUNDEB 40%.

4. A CF no ART. 212 determina que os municípios deverão aplicar, anualmente, nunca menos de 25% da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Devido a Pandemia todas as redes de ensino estão com aulas suspensas desde o mês de março sem data prevista para retorno. O ano letivo 2020 se estenderá para o ano civil 2021, conforme análises realizadas por especialistas para cumprimento das 800 horas letivas, como o TCM analisará o cumprimento dos limites constitucionais mínimos de gastos com a educação se não houve atividades letivas de forma regular?

Resposta - Em que pese a situação oriunda da pandemia do novo coronavírus seja absolutamente extraordinária e implique para sua contenção na adoção de ações restritivas de locomoção consubstanciadas no distanciamento social (quarentena e isolamento), aliada à suspensão de várias atividades ditas não essenciais, medidas essas que certamente impactam negativamente a economia do Ente Federado, alcançando a

sua arrecadação tributária e a execução orçamentária previamente planejada, do estudo das Emendas Constitucionais aprovadas até então, **não é possível depreender qualquer proposta que tenha como escopo a flexibilização do comando inserto no art. 212, caput, da Constitucional Federal, que, expressamente fixa para os Municípios o percentual mínimo de 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, para o custeio de despesas vinculadas às ações de manutenção e desenvolvimento do ensino.**

5. A Lei Complementar n. 173, de 27 de maio de 2020 que estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar n 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. A questão aqui é: quinquênio e demais promoções e progressões também?

Resposta - Quanto às vantagens pecuniárias que envolvem para a sua concessão o requisito da contagem de tempo de serviço, à exemplo, **do anuênio, quinquênio, triênio e licença-prêmio**, a Lei Complementar n. 173, de 27 de maio de 2020, previu regramento específico a ser a elas aplicado, vejamos:

"Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

(...)

IX - contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins; (...)"

Isto é, no período compreendido entre 28 de maio de 2020 e 31 de dezembro de 2021, haverá suspensão no cômputo do tempo de serviço relacionado à anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o período de efetivo exercício, aposentadoria e quaisquer outros fins.

Dizendo de outro modo, a contagem do tempo de serviço para estes fins deverá ser realizada apenas até 27 de maio de 2020, suspendendo-se em 28 de maio de 2020 e retomando o seu curso, a partir de 01 de janeiro de 2022.

Importante esclarecer que a LC nº 173/2020 não proíbe o pagamento e a fruição das vantagens adquiridas com o cômputo do tempo de serviço até 27 de maio de 2020, estando assegurado, desta forma, o pagamento dos anuênios completados até esta data e o reconhecimento dos quinquênios adquiridos até a mencionada data. Além disso, não há vedação quanto à fruição dos períodos de licença prêmio no período de vedação.

Esta também é a orientação veiculada pelo Ministério da Economia, na Nota Técnica SEI nº 20581/2020, conforme trecho destacado:

“(…)

Da redação desse inciso depreende-se que os servidores que tenham completado o período aquisitivo exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal até 27 de maio de 2020, terão os seus efeitos financeiros implementados. Os demais, que não tenham completado o respectivo período aquisitivo até essa data, independentemente de faltar um dia ou mais, terão a contagem suspensa até 31 de dezembro de 2021 e retomada a partir de 1º de janeiro de 2022. (…).”.

Outrossim, é importante sublinhar que a leitura atenta do mencionado inciso IX, do art. 8º, da LC nº 173/2020 revela que as progressões e promoções previstas nos planos de cargos e salários dos servidores não foram abarcadas pelas vedações ali dispostas, não havendo, a princípio, óbice na lei para que o Gestor as conceda de acordo com as normais de regência.

Haverá suspensão no cômputo do tempo de serviço relacionado à anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o período de efetivo exercício, aposentadoria e quaisquer outros fins.

5.1 Qual a diferença entre vantagens pecuniárias e gratificações? E quais delas não podem deixar de ser pagas?

Resposta - O inciso I, do art. 8º, proíbe a concessão, a qualquer título, de **vantagem**, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares. A vedação é bastante ampla quanto ao seu conteúdo (vantagens pecuniárias em geral, inclusive reajuste) e destinatários (membros de Poder, servidores em geral - ocupantes de cargos, empregos e funções públicas - e militares).

Assim como, o seu inciso VI veda a criação ou majoração de “auxílios, **vantagens**, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes” (grifo aditado).

Da leitura conjunta dos incisos I e VI, extrai-se que, em regra, os Municípios, em situação de calamidade pública pela contaminação provocada pelo Covid-19, não podem, no interregno compreendido entre as datas de 28 de maio de 2020 a 31 de dezembro de 2021, conceder, criar ou majorar vantagens pecuniárias aos seus servidores públicos em sentido amplo e aos membros de Poder, dentre outras parcelas remuneratórias.

Em geral, inseridos no conceito de “vantagens pecuniárias” (acréscimos ao vencimento do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório por diversas causas), encontram-se por exemplo os adicionais de periculosidade e insalubridade, conforme exemplificam os arts. 49 e 61, da Lei nº 8.112/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Federais:

“Art. 49. Além do vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes **vantagens**:

I - **indenizações**;

II - **gratificações**;

III - **adicionais**.

§1º As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

§2º As gratificações e os adicionais incorporam-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei.” (destaques acrescidos).

“Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais:

I - gratificação pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento;

I - retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento;

II - gratificação natalina;

III - adicional por tempo de serviço; (Revogado pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V - adicional pela prestação de serviço extraordinário;

VI - adicional noturno;

VII - adicional de férias;

VIII - outros, relativos ao local ou à natureza do trabalho.

IX - gratificação por encargo de curso ou concurso”(grifos aditados).

No âmbito estadual, o tema foi abordado nos arts. 61 e 77, da Lei nº 6.677/1994, abaixo transcritos:

"Art. 61 - Além do vencimento, poderão ser concedidas ao servidor as seguintes vantagens:

I - indenizações;

II - auxílios pecuniários;

III - gratificações;

(...)." (destaque acrescido)

"Art. 77 - Além do vencimento e das vantagens previstas nesta lei, serão deferidas ao servidor as seguintes gratificações:

I - pelo exercício de cargo de provimento temporário;

II - natalina;

III - adicional por tempo de serviço;

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V - adicional pela prestação de serviço extraordinário;

VI - adicional noturno;

VII - outras gratificações ou adicionais previstos em lei". (grifo acrescido).

Assim, ordinariamente, as vantagens pecuniárias, tais como adicional por tempo de serviço, adicional por insalubridade não poderão ser concedidas, criados ou majorados no período assinalado na LC nº 173/2020, salvo se decorrentes de "sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública".

Ou seja, se no âmbito municipal existir determinação legal preexistente "à calamidade pública" (declarada nos moldes delimitados no *caput*, do art. 65, da LRF), a autorizar a percepção dos aludidos adicionais aos servidores que a eles fazem jus, deve assim proceder a Administração Pública, não havendo em que se falar em suspensão dos respectivos pagamentos que já são frequentemente realizados.

Registre-se que essa orientação mantém-se ainda que o servidor venha a preencher os requisitos para a concessão dos adicionais de periculosidade e insalubridade depois do reconhecimento do Estado de Calamidade, haja vista que nessa situação também aplica-se a exceção prevista no inciso I do art. 8º, da LC nº 173/2020, ante a existência de prévia regulamentação a respeito da matéria.

Neste mesmo sentido, posicionou-se a Procuradoria do Estado da Bahia, no bojo do Processo SEI nº 009.0218.2020.0015334-22, Parecer GAB-RGM-070/2020, da lavra do Exmo. Procurador Assessor Especial: Rodrigo A. G. Moura, referendado posteriormente no despacho exarado pelo Exmo. Procurador Geral: Paulo Moreno Carvalho:

"(...) 8. Das gratificações.

No que concerne às gratificações, a SAEB formula os seguintes questionamentos:

4. CONCESSÃO DE VANTAGEM E GRATIFICAÇÃO

Importante verificar que determinadas concessões foram implementadas em legislação anterior e que pode contrastar com a LC nº 173/2020.

Questiona-se:

4.1 A Gratificação de Titulação da SSP Lei nº. 11.370/2009 pode continuar sendo concedida aos servidores que implementarem os requisitos depois da calamidade pública?

4.2 Concessão de adicional de insalubridade ou alteração do percentual de insalubridade poderá ser concedida?

4.3 Gratificação de maneira geral desde que prevista em lei anterior pode continuar acontecendo?

As gratificações em geral dos servidores públicos, sejam ela devidas pelo desempenho de funções especiais, sejam devidas em razão das condições anormais em que se realiza o serviço, ou, ainda, em razão de condições pessoais do servidor, encontram-se resguardadas **se estiverem previstas em lei e se esta lei** entrou em vigor antes de 24 de março de 2020 (data da publicação do Decreto Legislativo nº 2041 que reconheceu o estado de calamidade).

Desta forma, ainda que o servidor preencha os requisitos para a sua percepção depois do reconhecimento do Estado de Calamidade, fará jus à percepção da vantagem, tendo em vista a existência de “determinação legal” prévia, enquadrando-se, assim, a situação à exceção prevista no inciso I do art. 8º da LC nº 173/2020.

Diante das orientações postas, é possível a concessão da **Gratificação de Titulação da SSP** prevista na Lei nº. 11.370/2009, bem como a concessão e alteração do percentual do **adicional de insalubridade**, citados como exemplo na consulta, desde que o servidor preencha os requisitos exigidos.

(...). (grifos no original e adotados).

Neste ponto, é forçoso esclarecer, que se está utilizando neste opinativo o marco temporal da “determinação legal anterior à calamidade pública”, haja vista que tal requisito permanece em vigor até o momento da confecção desta peça, apesar da sua questionável constitucionalidade, ante o preceito do ato jurídico perfeito, insculpido no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e da ausência de concessão de efeitos retrativos à LC nº 173/2020.

Registre-se, a título de mera curiosidade, que a proibição delineada no mencionado inciso VI, do art. 8º, da LC nº 173/2020 (criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório) não se aplica aos profissionais de saúde e de assistência social, desde que tais ações tenham relação com a calamidade pública imposta pela pandemia da Covid-19, ficando sua vigência e efeitos adstritos à duração da calamidade pública, de acordo com a redação do §5º, do art. 8º, da LC nº 173/2020.

Destarte, e aqui respondendo objetivamente ao questionamento do Consultante, no período de 28 de maio de 2020 a 31 de dezembro de 2020, **permanece os respectivos pagamentos das vantagens pecuniárias para os servidores que a elas fazem jus, assim como, admite-se a implementação para aqueles que apenas venham a preencher os requisitos autorizadores para a concessão de tais vantagens depois**

do reconhecimento do Estado de Calamidade, se existir no âmbito municipal determinação legal anterior à sua declaração (nos moldes do *caput*, do art. 65, da LRF) ou na hipótese de sentença judicial transitada em julgado (inteligência do inciso I, do art. 8º da LC nº 173/2020).

5.2 Há legalidade de continuidade do pagamento de regência de classe, aulas complementares, horas extras, desdobramentos, auxílio transporte, auxílio alimentação e auxílio noturno para os profissionais de educação durante o período de suspensão das aulas por conta da pandemia do coronavírus?

Resposta – No que diz respeito a tais vantagens, faz-se pertinente reiterar que, no período de 28 de maio de 2020 a 31 de dezembro de 2020, **permanece os respectivos pagamentos para os servidores que a eles fazem jus, assim como, admite-se a implementação para aqueles que apenas venham a preencher os requisitos autorizadores para a concessão de tais vantagens depois do reconhecimento do Estado de Calamidade, se existir no âmbito municipal determinação legal anterior à sua declaração (nos moldes do *caput*, do art. 65, da LRF) ou na hipótese de sentença judicial transitada em julgado (inteligência do inciso I, do art. 8º da LC nº 173/2020).**

6. Com relação a situação de eventual necessidade de aumento da frota para atender o sistema de rodízio de estudantes como devem proceder os processos? É possível aditar o contrato vigente com aumento da frota e valores?

Entende-se que o questionamento paira sobre a possibilidade de se repactuar o objeto do contrato, tendo em vista os efeitos do novo coronavírus sobre as atividades presenciais no ramo do ensino público, como por exemplo a necessidade do distanciamento social.

Importante ressaltar, por oportuno, que o Tribunal de Contas do Estado de Tocantins (TCE-TO), através da publicação do artigo “Contratações Públicas em tempos de Coronavírus: Visão Contextualizada da Lei 13.979/2020 e Análise dos prováveis impactos

da Pandemia da Covid-19 nos Contratos Administrativos em execução”, dispôs que a Lei nº 13.979/2020 não afastou a aplicação da Lei nº 8.666/93 para a disciplina dos contratos durante a pandemia. Senão vejamos:

“A Lei 13.979/2020 estabelece regime jurídico próprio, a afastar a incidência da Lei 8.666/93 e da Lei 13.303/2016, no que diz respeito aos contratos em execução?

Não. O art. 1º da Lei 13.979/2020 deixa evidente que as medidas previstas na lei poderão ser adotadas com o único objetivo de enfrentar as consequências da ESPIN. A norma estabelece, evidentemente, regras específicas quanto às contratações para atender à emergência em causa, bem como define várias medidas a serem adotadas pelo Poder Público que podem ter reflexos nos contratos em execução.

Porém, não se pode extrair qualquer conclusão no sentido de haver a Lei 13.979/2020 afastado a aplicação da Lei 8.666/93 (lei geral de licitações e contratos) ou da Lei 13.303/2016 (estatuto jurídico da empresa pública), normas cuja incidência não foi afastada de nenhuma forma. Significa dizer que as providências que eventualmente seja necessário adotar na gestão dos contratos administrativos em execução devem observar tais leis.

Por exemplo: pode ser necessário, em virtude da ESPIN, promover-se alteração qualitativa ou quantitativa do objeto originalmente pactuado; ao adotar essa providência, a Administração deverá observar estritamente as disposições do art. 65 da Lei 8.666/93, que estabelecem limites a tais alterações e, no caso das estatais, a vedação (implícita) às alterações unilaterais (caput do art. 81 da Lei 13.303/2016), para citar apenas alguns dispositivos legais a serem observados.

É certo que os contratos administrativos, regidos por normas de direito público, são amparados pelas cláusulas exorbitantes como prerrogativas da Administração Pública. Isso significa que ao Poder Estatal alcança a possibilidade de alterações unilaterais aos termos contratuais. No entanto, faz-se urgente, desde já, esclarecer que a flexibilidade do contrato administrativo é limitada pela imutabilidade da essência do objeto.

Considerando a regência da Lei n. 8.666/1993, resta observar suas determinações acerca das alterações contratuais:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;”

Registre-se, assim, que para os contratos em execução a Lei que deverá regê-los é a de Licitações e Contratos, que assim dispõe sobre a alteração contratual:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Depreende-se do §1º, do art.65, da Lei de Licitações e Contratos que o contratado fica obrigado a aceitar os acréscimos ou supressões que se fizerem na obra, serviços ou compras não poderão ser superiores a 25% do valor inicial atualizado do contrato. E no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para acréscimos será até 50%.

Importante esclarecer, ainda, que é necessário se ter cuidado em relação à alteração do contrato, vez que a Lei nº 8.666/93 estabelece limites. Corroborando com esta tese, leciona Joel de Menezes Niebuhr:

A mutabilidade do objeto do contrato é princípio que serve a possibilitar a adequação dele às novas demandas do interesse público. O ponto-chave reside na palavra adequação. A alteração presta-se a promover adequações, não a transformar o objeto do contrato noutra, com funcionalidade diferente. Portanto, ainda que se possa alterar o objeto do contrato, deve-se preservar a sua

identidade (Princípio da identidade do objeto). A alteração do objeto do contrato não pode tocar à funcionalidade básica dele. Noutras palavras, a finalidade da contratação ou a demanda a ser atendida por ela devem ser as mesmas, não podem ser o foco de alteração. A alteração adapta dado objeto, não o transforma em coisa diferente. (grifou-se)

6.1 É possível fazer contratação direta de uma frota de ônibus escolar para atender a demanda nessa excepcionalidade?

Resposta - A Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, em seus art. 4º a 4º-I, disciplina as regras relacionadas às contratações públicas a serem realizadas pela União, Estados e Municípios para o enfrentamento da pandemia de coronavírus (COVID-19), assim prevendo:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o **caput** deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Percebe-se que a aludida Lei trata sobre dispensa de licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos para o enfrentamento da emergência de saúde pública.

Registre-se que a contratação direta mediante dispensa do certame licitatório, de acordo com a referida norma emergencial, deverá atender a uma série de pressupostos, um deles é o seu caráter temporário, previsto no final do art.4º, §1º, qual seja “**enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavirus**”.

Além disso, o art.4º – H assim prevê:

Art. 4º-H. Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até 6 (seis) meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto vigorar o

Decreto legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, respeitados os prazos pactuados.

O §2º, do art.4º, da aludida Lei estabelece, também, que a publicidade de tais contratações deve ocorrer imediatamente, através de publicação no site oficial do órgão ou entidade, com as seguintes informações:

§ 2º Todas as aquisições ou contratações realizadas com base nesta Lei serão disponibilizadas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site oficial específico na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no §3º do art.8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, com o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação, além das seguintes informações:

I – o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

II – a discriminação do bem adquirido ou do serviço contratado e o local de entrega ou de prestação; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

III – o valor global do contrato, as parcelas do objeto, os montantes pagos e o saldo disponível ou bloqueado, caso exista; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

IV – as informações sobre eventuais aditivos contratuais; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

V – a quantidade entregue em cada unidade da Federação durante a execução do contrato, nas contratações de bens e serviços. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

Ademais, o art.4º-B dispõe sobre o atendimento de diversos requisitos, os quais se encontram abaixo transcritos:

Art. 4º-B. Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se comprovadas as condições de:

I – ocorrência de situação de emergência; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

II – necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

III – existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

IV – limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

Desta forma, a Administração Municipal deverá atender a todos os requisitos, acima citados, determinados pela mencionada Lei nº 13979/20 para realizar dispensa de licitação direcionada ao enfrentamento da situação de emergência provocada pela pandemia.

6.2) Pode haver suspensão de contratos enquanto perdurarem os efeitos da suspensão das aulas causadas pelos decretos formados em virtude da Covid-19?

Resposta- Importante registrar que a suspensão de contratos durante a pandemia envolve aspectos não só jurídicos, como também econômicos e sociais.

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, pronunciando-se acerca da possibilidade ou não de suspensão de contratos durante a situação de calamidade pública, entende que a decisão mais razoável é aquela que ajude na sobrevivência tanto do ente público como das empresas:

“Importante ter em mente que a situação não pode servir para benefício de alguma das partes, por exemplo, no caso da empresa contratada demitir ou dar licença não remunerada a sua força laboral e continuar auferindo os pagamentos do contrato vigentes. Neste tipo de circunstância estará havendo benefício com os recursos públicos com características de má-fé do contratado.

Por outro lado, depreende-se que o momento acarretará sequelas do ponto de vista econômico, que poderão, em algum momento, prejudicar o equilíbrio das

contas públicas, uma vez que a arrecadação será reduzida, colocando em risco a solvência de pagamentos dos órgãos públicos. **Sendo assim, a sugestão vai no sentido de buscar soluções que ajudem na sobrevivência tanto do ente público como das empresas que para ele prestam serviços e para o quadro de trabalhadores que dependem de seu trabalho para a subsistência.**

Vale lembrar que as modificações recentes na legislação trabalhista possibilitam soluções alternativas, sendo que o mais importante é a sobrevivência que permita a retomada em momento posterior.

(...)sendo indicado que existam justificativas que fundamentem a motivação da decisão, amparadas na avaliação contratual e no equilíbrio das contas públicas.”

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná também elaborou orientações sobre a presente temática, entendendo que a decisão caberá à gestão municipal, de acordo com a situação fática vivenciada:

(...) caberá ao Município aferir circunstancialmente quais os reflexos de sua decisão em termos financeiros e sociais.

Por um lado, em termos financeiros, sabe-se que o momento é de cautela para a administração pública, que ao mesmo tempo em que perde receitas em valores relevantes passa a suportar um aumento expressivo nas demandas sociais, especialmente na área de saúde.

Por outro lado, nossa Constituição Federal estipula a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, o qual deve ser aferido dentro de um contexto de solidariedade neste momento em que o aumento do desemprego não auxiliará na resolução do problema em um aspecto mais amplo.

O advento da Medida Provisória nº. 936/2020, com o chamado "Programa emergencial de manutenção do emprego e da renda", trouxe alternativas que possibilitam a administração pública conciliar os dois objetivos acima descritos, mediante soluções, que podem ser adotadas pela empresa contratada, como redução da jornada de trabalho e, proporcionalmente, do salário ou suspensão temporária do contrato de trabalho com o pagamento de um benefício emergencial pela União aos funcionários para que não percam sua renda.

Ademais, há que se ponderar que a situação não pode servir como escusa para benefício desproporcional de uma das partes. Por exemplo, se a administração pública decidir motivadamente pela manutenção regular dos pagamentos, não poderá a contratada/parceira demitir o empregado ou dar licença não remunerada e, de má-fé, seguir recebendo normalmente os valores correspondentes. Outro aspecto a ser avaliado se refere ao auxílio transporte e outros benefícios que, mesmo na hipótese de manutenção dos pagamentos pela administração pública, não serão repassados aos empregados, de modo que deverão ser glosados.

Deve a Administração, neste momento, ao adotar a decisão de suspensão ou não de algum contrato, deve garantir não só os princípios administrativos da legalidade,

moralidade, impessoalidade e publicidade, mas também o da dignidade da pessoa humana, tendo em vista alto índice de desemprego no país em virtude desta pandemia.

7.) Em relação ao precatório Fundef/Fundeb o município é obrigatório a subvincular os 60% para o magistério ou poderá elaborar um plano utilizando o valor total para ações na manutenção no desenvolvimento do ensino?

Resposta – A Resolução TCM nº 1.346/2016, em seu art.1º, foi clara ao estabelecer que “ Os recursos recebidos em decorrência de ação ajuizada contra a União, objeto de precatórios, em virtude de insuficiência dos depósitos do FUNDEF ou FUNDEB, referentes a exercícios anteriores, somente poderão ser aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino básico, em conformidade com o disposto nas Leis Federais nº 9.394/1996 e 11.494/2007”. (Grifo nosso)

7.1) Os municípios que receberam valores provenientes de precatórios do Fundef poderão aplicar em ações para compra de cestas básicas? Para aquisição de equipamentos de proteção individual e material de limpeza para desinfecção do transporte escolar e ambiente interno da escola? Remunerar os professores?

Resposta- Esta Assessoria Jurídica já se pronunciou sobre este assunto através da emissão de pareceres nos autos dos **Processos nºs 05170e20 e 07582e20**.

Importante esclarecer que nos processos acima citados, esta unidade jurídica entendeu que a utilização pelo Gestor, dos recursos auferidos em decorrência de ação ajuizada contra a União, tendo em vista a insuficiência dos depósitos do FUNDEF ou FUNDEB, objeto de precatórios, **deve, necessariamente, ter sua aplicação limitada à manutenção de desenvolvimento do ensino básico, o que, em tese, não guarda relação com as ações para enfrentamento da crise epidemiológica.**

Com vistas a reforçar o posicionamento desta AJU sobre este tema, faz-se pertinente informar, por oportuno, que o Ministério Público Federal encaminhou à Justiça, em 28 de maio de 2020, portanto, após a elaboração dos supracitados pareceres

desta AJU, manifestação favorável à desvinculação de 8% dos precatórios do Fundef para aquisição de gêneros alimentícios para os alunos da rede pública municipal de um Município baiano, de acordo com notícia divulgada no site <http://www.mpf.mp.br/ba>. referente à Ação Civil Pública nº 1005260-57.2020.4.01.3304.

Vale registrar que um determinado Município do estado da Bahia requereu à União a desvinculação de parte da verba depositada na conta específica do precatório do FUNDEF para dar continuidade ao serviço de alimentação dos alunos da rede municipal de ensino.

Importante destacar o posicionamento do Procurador da República Samir Cabus Nacheff Júnior na aludida manifestação:

“A **Constituição Federal** estabelece que os recursos do FUNDEF devem ser destinados à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, porém, as circunstâncias que nos interpelam atualmente não apenas permitem, mas exigem a flexibilização de regras jurídicas, tendo em vista a sua finalidade maior de promoção e proteção dos direitos humanos. Cumprir intransigentemente tal regra neste momento implicaria graves violações aos direitos fundamentais à alimentação, à saúde e à vida dos próprios estudantes, que estão privados do acesso às refeições fornecidas pelas escolas por conta da pandemia”.

Desta forma, **o MPF defendeu que não configuraria prejuízo ao direito à educação a utilização de 8% dos precatórios do FUNDEF** para aquisição de alimentos, mas sim poderia ser fundamental para a manutenção da dignidade dos alunos das escolas públicas.

Todavia, a Justiça Federal julgou improcedente o pedido do Município baiano, entendendo que a aquisição de gêneros alimentícios não implica na valorização do ensino público. Segue abaixo trecho da citada sentença:

“Após a apresentação da defesa, a convicção formada em cognição sumária ficou reforçada, porquanto as informações prestadas pela União confirmam que não se exclui da vedação de desvinculação dos recursos do FUNDEF da finalidade específica para a qual foi criado, o custeio da merenda escolar, ou, no caso mais específico dos autos, a aquisição de gêneros alimentícios substitutos da merenda escolar pelas famílias dos estudantes das escolas municipais, durante a pandemia

do novo coronavírus, pois a alimentação dos estudantes, apesar de necessária, não implica, essencialmente, na valorização do ensino público.

E, ainda que se possa chegar a esta conclusão apenas por meio de uma análise teleológica, existe também vedação expressa à aquisição de gêneros alimentícios com recursos do FUNDEF, visto que o art. 71, IV da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases) impede textualmente a consideração de despesas com alimentação como sendo de “manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Assim, ainda que, de fato, a situação de emergência pública acarretada pela COVID-19 tenha provocado a adoção de soluções inovadoras de enfrentamento pelos Poderes Legislativo e Executivo, a atuação do Judiciário na adoção de medidas excepcionais deve se restringir aos casos de ilegalidades e arbitrariedades, o que não se vislumbra no caso concreto. Muito pelo contrário, já que a parte autora pretende obter fim vedado em lei.

Ante o exposto, **julgo improcedente o pedido.**”

Sendo assim, o Município não poderá desvincular percentual da verba dos precatórios do FUNDEF para finalidades diversas à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Frise-se, por fim, que, após a elaboração dos citados pareceres desta AJU, foi editada a Lei nº 13.987/20, que autorizou a utilização dos recursos do Pnae para aquisição de cestas básicas para os pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas:

Art. 1º A Lei nº 11947, de 16 de junho de 2009, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 21-A:

"Art. 21-A. Durante o período de suspensão das aulas nas escolas públicas de educação básica em razão de situação de emergência ou calamidade pública, fica autorizada, em todo o território nacional, em caráter excepcional, a distribuição imediata aos pais ou responsáveis dos estudantes nelas matriculados, com acompanhamento pelo CAE, dos gêneros alimentícios adquiridos com recursos financeiros recebidos, nos termos desta Lei, à conta do Pnae."

7.2) No que tange a utilização livre desses recursos dos precatórios, o que diz o projeto de Lei n. 2547/2020?

Resposta: O Projeto de Lei nº 2547/2020 assim prevê, em seu art.1º:

Art. 1º Esta lei autoriza os Municípios a procederem à transposição, transferência e utilização dos saldos financeiros advindos de precatórios judiciais recebidos em virtude de causas relacionadas ao FUNDEF ou FUNDEB.

Parágrafo Único. Os saldos financeiros, referidos no caput, serão aportados aos tesouros municipais respectivos, na qualidade de receitas próprias.

Contudo, trata-se de um Projeto de Lei, que ainda se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados, e, portanto, não possui eficácia legislativa.

8. A secretaria de educação poderá adquirir os kits de material de higiene determinado pela Anvisa bem como os equipamentos de proteção individual para os profissionais que atuam na educação utilizando os recursos da fonte 01 (25%) e 19 (fundeb 40) sem que tenha esses processos glosados e que possam contabilizar para os índices constitucionais?

Resposta: A **Resolução TCM nº 1276/08** dispõe em seu art.1º que os Municípios deverão aplicar, no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino público:

Art. 1º - Os Municípios aplicarão, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino público, na forma estabelecida nos arts. 212 da CRFB e 69 da Lei nº 9.394/1996 e nas respectivas Leis Orgânicas, incluídos os recursos provenientes do FUNDEB.

Parágrafo único - A aplicação e a prestação de contas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, observarão as normas contidas nesta Resolução.

O art.4º, da referida Resolução TCM prevê quais são as ações de manutenção e desenvolvimento da educação básica pública:

Art. 4º - São consideradas como ações de manutenção e desenvolvimento da educação básica pública, dentre outras assemelhadas:

I – o aperfeiçoamento e a remuneração do pessoal docente e dos profissionais da educação, compreendendo:

a) a capacitação dos profissionais do magistério e de outros servidores em exercício na educação básica, por meio de programas de educação continuada;

b) a remuneração dos profissionais da educação básica que desenvolvem atividades de natureza técnico-administrativa, ocupando ou não cargos de direção ou chefia, ou de apoio, como, por exemplo, auxiliares de serviços gerais, auxiliares de administração, secretários de escola e outros assemelhados, lotados e em exercício nas escolas, órgão ou unidade administrativa da educação básica pública.

II – a aquisição, manutenção e funcionamento das instalações e dos equipamentos necessários ao ensino, compreendendo:

a) a aquisição de imóveis já construídos ou de terrenos para a construção de prédios destinados a escolas ou órgãos do sistema de ensino;

b) a ampliação, conclusão e construção de prédios, poços, muros e quadras de esporte nas escolas e outras instalações físicas de uso exclusivo do sistema de ensino previstas nos respectivos projetos, nas etapas arquitetônicas descritivas, de construção e paisagísticas;

c) a aquisição de mobiliário e equipamentos voltados para o atendimento exclusivo das necessidades do sistema de educação básica pública, tais como carteiras e cadeiras, mesas, armários, mimeógrafos, retroprojetores, computadores, televisores, antenas e outros assemelhados;

d) a manutenção dos equipamentos existentes, tais como máquinas, móveis equipamentos eletro-eletrônicos, seja mediante aquisição de produtos e serviços necessários ao seu funcionamento, a exemplo de tintas, graxas, óleos, energia elétrica, seja pela realização de consertos diversos como reparos, recuperações, reformas, reposição de peças, revisões e outros assemelhados;

e) a reforma, total ou parcial, de instalações físicas, rede elétrica, hidráulica, estrutura interna, pintura, cobertura, pisos, muros, grades e outros assemelhados, das unidades do sistema de educação básica.

III – o uso e a manutenção de bens vinculados ao sistema de ensino, compreendendo:

a) o aluguel de imóveis e de equipamentos;

b) a manutenção de bens e equipamentos, incluindo a realização de consertos e reparos;

c) a conservação das instalações físicas do sistema de ensino prioritário dos municípios;

d) as despesas com serviços de energia elétrica, água, esgoto, serviço de comunicação e outros assemelhados.

IV – os levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino, compreendendo:

a) os levantamentos estatísticos relacionados ao sistema de ensino, objetivando o aprimoramento da qualidade e a expansão do ensino prioritário dos municípios, a exemplo da apuração dos índices de evasão, aproveitamento e repetência escolar;

b) a organização de bancos de dados, bem como a realização de estudos e pesquisas que visem a elaboração de programas, planos e projetos voltados para o ensino prioritário dos municípios.

V – a realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento do ensino, compreendendo as despesas inerentes ao custeio das diversas atividades relacionadas ao adequado funcionamento da educação básica pública, a exemplo de serviços de vigilância, limpeza e conservação prediais, e aquisição do material de consumo utilizado nas escolas e demais unidades do sistema de ensino;

VI – a aquisição de material didático-escolar e a manutenção de transporte escolar, destinadas:

a) a apoiar o trabalho pedagógico na escola, tais como material esportivo usado nas aulas de educação física, acervo da biblioteca da escola, a exemplo de livros, atlas, dicionários, periódicos e outros assemelhados;

b) a prover, inclusive mediante a aquisição ou locação de veículos, o transporte de alunos da educação básica pública na zona rural, devidamente equipados e identificados como de uso específico nesse tipo de transporte, em observância ao disposto no Código Nacional de Trânsito.

VII – a amortização do principal e encargos de operação de crédito destinada a investimentos;

VIII – o dispêndio de recursos destinados a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, desde que atendam às condições previstas no art. 77 da Lei nº 9.394/96;

IX – a concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas, nos termos do art. 213, §1º, da CRFB.

Da leitura do aludido artigo, compreende-se que o mesmo não disciplinou, expressamente, a possibilidade de aquisições de Equipamentos de Proteção Individual para os profissionais que atuam na educação, nem de produtos de higiene com recursos do FUNDEB 40%. Todavia, o seu inciso V, prevê que a realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento do ensino, compreendendo as despesas inerentes ao custeio das diversas atividades ao adequado funcionamento da educação básica pública, são consideradas como de manutenção e desenvolvimento da educação básica.

Neste contexto, importante ressaltar que o Ministério da Educação considera a aquisição de produtos de higiene como atividade-meio necessária ao funcionamento do ensino, consoante resta evidenciado do trecho do documento sobre a aplicação dos recursos do FUNDEB, divulgado no endereço eletrônico tp://ftp.fnde.gov.br/web/fundeb/aplicacao_dos_recursos.pdf, abaixo transcrito:

Realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento do ensino: despesas inerentes ao custeio das diversas atividades relacionadas ao adequado funcionamento da educação básica, dentre as quais pode se destacar: serviços diversos (de vigilância, de limpeza e conservação, dentre outros), aquisição do material de consumo utilizado nas escolas e demais órgãos do sistema de ensino (papel, lápis, canetas, grampos, colas, fitas adesivas, gizes, cartolinas, água, **produtos de higiene** e limpeza, tintas, etc.). (Grifo nosso)

Aplicando o mesmo raciocínio utilizado para a aquisição de produtos de higiene, podemos também entender que os Equipamentos para Proteção Individual (EPI), como

máscara por exemplo, **desde que sejam utilizados somente dentro do ambiente escolar e por profissionais da educação básica deve ser considerado como atividade-meio necessária ao funcionamento do ensino, especialmente, neste momento de pandemia.**

Todavia, vale reiterar que não há a previsão expressa na norma de que a aquisição de EPIs para os profissionais da educação seja considerada uma ação de manutenção e desenvolvimento da educação básica, embora, no nosso entendimento, ela seja necessária ao funcionamento do ensino, durante a pandemia, já que a ausência de tais equipamentos impedirá o exercício seguro das atividades de tais profissionais.

Somente a título de informação, quanto a aquisição de produtos de higiene, no site <http://portal.mec.gov.br> foi divulgado que o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) liberou verbas para as escolas públicas para o combate à pandemia. O dinheiro é repassado para as escolas que já atualizaram os dados cadastrais no sistema do Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE), **cuja renda será destinada para as instituições comprarem álcool em gel, sabonete líquido, toalhas de papel e outros produtos de higiene, consoante trecho da notícia abaixo transcrito:**

“Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), vinculado ao Ministério da Educação, já liberou R\$ 721.651.342,00 para escolas públicas para combate à pandemia. Os recursos, do Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE) Básico, são fonte importante de renda para as instituições comprarem álcool em gel, sabonete líquido, toalhas de papel e outros produtos de higiene, por exemplo.

O dinheiro é repassado para as escolas que já atualizaram os dados cadastrais no sistema PDDEweb e não possuem pendências sobre a prestação de contas de anos anteriores. Até o momento, 105.188 receberam. Quando as demais unidades atualizarem os cadastros, também ficarão aptas a obter recursos. O número pode chegar a 138 mil escolas e o valor total, a R\$ 900 milhões.”

9.Em uma excepcionalidade, os pagamentos feitos para aquisição dos alimentos dos kits de alimentação escolar que estão sendo pagos recursos do MDE (25%) podem ser

computados, excepcionalmente, nesse período de pandemia para ajudar os municípios a cumprirem o índice constitucional dos 25%?

Resposta: Não há nenhuma norma, que discipline medidas temporárias sobre o combate ao novo coronavírus, que trate sobre a possibilidade de computar a aquisição de alimentos para as famílias dos estudantes das escolas públicas no índice constitucional dos 25%, previsto no seu art.212.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

10. Durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, é facultado ou obrigatório ao município não distribuir a merenda escolar a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do programa Nacional de Alimentação(PNAE) os pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica?

Resposta - Com vistas a se garantir, plenamente, o direito à educação, mediante a implementação de programas suplementares de assistência à alimentação dos estudantes, que se encontram assegurados pelo art. 208, VII, da Constituição Federal, a **Lei nº 11.947/09** estabeleceu as diretrizes do **Programa Nacional de Alimentação Escolar- PNAE**, o qual tem por objetivo contribuir para o crescimento e desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar, através de ações de educação alimentar e nutricional. E, mediante a Lei nº 13.987/20, foi autorizada a distribuição dos kits de gêneros alimentícios para as famílias dos alunos da rede pública através do PNAE, durante o período de calamidade pública declarado em virtude da rápida disseminação do coronavírus.

Portanto, a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, que dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da Educação Básica, foi alterada pela Lei nº 13.987, de 07 de abril de 2020, que acrescentou o art.21-A, abaixo transcrito:

“Art.21-A. Durante o período de suspensão das aulas nas escolas públicas de educação básica em razão de situação de emergência ou calamidade pública, **fica autorizada**, em todo o território nacional, em caráter excepcional, a distribuição imediata aos pais ou responsáveis dos estudantes nelas matriculados, com acompanhamento pelo CAE, dos gêneros alimentícios adquiridos com recursos financeiros recebidos, nos termos desta Lei, à conta do PNAE.”

Percebe-se que a Lei fala em autorização e não em obrigação. Resta evidenciado, desta sorte, que não há uma obrigatoriedade para que a Administração Pública distribua os kits de gêneros alimentícios para as famílias dos estudantes da rede pública, mas sim uma faculdade.

10.1 Como orientara questão do cumprimento do percentual da agricultura familiar?

Resposta- Com o intuito de orientar os estados e municípios na concretização do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE **durante o período de estado de emergência**, o Ministério da Educação e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação publicaram a **Resolução nº 02, em 09 de abril de 2020**, estabelecendo as seguintes regras:

"Art. 1º Durante o período de suspensão de aulas em decorrência das situações de emergência em saúde pública de importância nacional e de calamidade pública causadas pelo novo coronavírus - Covid-19, fica autorizada, em caráter excepcional, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos no âmbito do PNAE às famílias dos estudantes, a critério do poder público local.

Art. 2º Os estados, municípios, o Distrito Federal e as escolas federais deverão utilizar os recursos do PNAE exclusivamente para garantir a alimentação dos estudantes da educação básica.

§ 1º Na hipótese prevista no caput, os gêneros alimentícios já adquiridos ou que vierem a ser adquiridos em processos licitatórios ou em chamadas públicas da agricultura familiar poderão ser distribuídos em forma de kits, definidos pela equipe de nutrição local, observando o per capita adequado à faixa etária, de acordo com o período em que o estudante estaria sendo atendido na unidade escolar.

§ 2º O kit deverá seguir as determinações da legislação do PNAE no que se refere à qualidade nutricional e sanitária, respeitando os hábitos alimentares, a cultura

local e, preferencialmente, composto por alimentos in natura e minimamente processados, tanto para os gêneros perecíveis como para os não perecíveis.

§ 3º A gestão local poderá negociar com os fornecedores vencedores dos processos licitatórios ou das chamadas públicas da agricultura familiar o adiamento da entrega dos gêneros alimentícios perecíveis para o reinício das aulas.

Art. 5º Sempre que possível, a aquisição de gêneros alimentícios da agricultura familiar deverá ser mantida, priorizando-se a compra local.

§ 1º A aquisição dos gêneros alimentícios adquiridos diretamente dos agricultores familiares e suas organizações, identificadas com as Declarações de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - DAP-PRONAF, físicas e jurídicas, poderá ser realizada por procedimento de maneira remota, não presencial, com ferramentas, modos e meios online.

§ 2º No caso da aquisição por meio eletrônico, a documentação para habilitação das propostas, bem como o projeto de venda e seus anexos, e também contratos de compra e venda poderão ser encaminhados às Entidades Executoras de forma digitalizada, sendo esses documentos válidos para participação na chamada pública, desde que previstos no edital e registrados no processo.

§ 3º A Entidade Executora deverá disponibilizar um endereço eletrônico no edital de chamada pública para envio da documentação e habilitação dos interessados.

§ 4º Os projetos de compra e venda recebidos pela Entidade Executora serão analisados por uma comissão de chamada pública, independentemente da presença dos interessados.

§ 5º No caso de ausência dos interessados, a Comissão deverá fornecer a todos os participantes a ata de análise e resultados das propostas vencedoras.

§ 6º A Entidade Executora poderá criar mecanismos necessários para que os agricultores familiares e/ou suas organizações participem da análise por meio de videoconferência, quando houver possibilidade.

§ 7º O local e a periodicidade de entrega dos alimentos deverão ser definidos pela Entidade Executora e descritos na chamada pública.

§ 8º Os resultados da chamada pública deverão ser publicados em imprensa oficial e outros meios de comunicação.

Art. 6º Durante a vigência do Decreto Legislativo nº 6, de 2020, a transferência de recursos financeiros às Entidades Executoras, no âmbito do PNAE, ocorrerá nos termos do art. 38 da Resolução CD/FNDE nº 26, de 17 de junho de 2013.

Art. 7º Durante a vigência do Decreto Legislativo nº 6, de 2020, o saldo existente na conta do PNAE em 31 de dezembro poderá exceder ao limite de reprogramação previsto na alínea "a" do inciso XX do art. 38 da Resolução CD/FNDE nº 26, de 2013.

Art. 8º Durante a vigência do Decreto Legislativo nº 6, de 2020, as Entidades Executoras que estão operando por meio da Conta Cartão PNAE poderão efetuar transferência eletrônica para o pagamento do agricultor familiar e empreendedor familiar rural, incluindo as respectivas cooperativas.

Art. 9º Os recursos repassados pelo FNDE às Entidades Executoras, no âmbito do PNAE, nos termos tratados nesta Resolução, serão computados junto aos repasses regulares do exercício de 2020, para efeitos de prestação de contas, a ser realizada no ano subsequente, conforme as regras vigentes do Programa.

Depreende-se que a aludida Resolução não prevê um percentual mínimo para a agricultura familiar, mas sim estabelece que, **sempre que possível**, a aquisição de gêneros alimentícios junto à agricultura familiar será mantida, priorizando-se a compra local.

10.2 Como podemos distribuir cestas básicas ou kits de alimentação para os alunos sem que haja conotação direta com o período eleitoral que se aproxima?

Resposta - O Gestor deverá utilizar, prioritariamente, os recursos do FNDE para as compras dos referidos kits de alimentação. Lembrando que o **Prefeito Municipal não poderá praticar desvio de finalidade, utilizando-se da distribuição dos referidos kits para obter proveito eleitoral, com associação a nomes, sinais e símbolos que representem um partido político ou um potencial candidato.**

Além disso, todos os atos excepcionais a serem adotados, enquanto perdurar tal situação, devem restar bem fundamentados e motivados, com a adequada instrução dos procedimentos licitatórios, eventuais dispensas e inexigibilidades, além dos processos de pagamento, os quais devem se fazer acompanhar de todos os documentos e informações essenciais.

10.3 Pode haver pagamento de transporte escolar mesmo sem prestação do serviço durante a pandemia?

Resposta - Faz-se necessário destacar que, na hipótese de ficar cabalmente demonstrado que o serviço de transporte escolar não está sendo prestado, não será devido o pagamento, na medida em que a execução da despesa pública requer obediência às três etapas previstas na Lei n° 4.320/64, quais sejam: **empenho, liquidação e pagamento.**

Dizendo de outro modo, **se a realidade fática municipal não permitir a prestação dos serviços de transporte escolar, não há como se sustentar o seu adimplemento, pois, em conformidade com as normas do Direito Financeiro, a despesa pública para ser paga, em regra, é imprescindível que ocorra a sua prévia liquidação. O Gestor necessita certificar-se que a real prestação de serviços ocorreu nos moldes pactuados, a fim de proceder o dispêndio do recurso público.**

Logo, salvo disposição legal em contrário, uma vez cessadas as condições ou a atividade que dão ensejo ao pagamento, o Gestor poderia suspender o seu pagamento até que o serviço voltasse a ser efetivamente prestado.

Contudo, a suspensão do pagamento de contrato de natureza continuada, deve ser analisada não só em relação ao aspecto jurídico, mas também deve-se levar em consideração os aspectos econômico e social.

É neste sentido o posicionamento do Tribunal de Contas de Santa Catarina, ao oferecer orientações aos Gestores:

“Importante ter em mente que a situação não pode servir para benefício de alguma das partes, por exemplo, no caso da empresa contratada demitir ou dar licença não remunerada a sua força laboral e continuar auferindo os pagamentos do contrato vigentes. Neste tipo de circunstância estará havendo benefício com os recursos públicos com características de má-fé do contratado.

Por outro lado, depreende-se que o momento acarretará sequelas do ponto de vista econômico, que poderão, em algum momento, prejudicar o equilíbrio das contas públicas, uma vez que a arrecadação será reduzida, colocando em risco a solvência de pagamentos dos órgãos públicos. Sendo assim, a sugestão vai no sentido de buscar soluções que ajudem na sobrevivência tanto do ente público como das empresas que para ele prestam serviços e para o quadro de trabalhadores que dependem de seu trabalho para a subsistência.

Vale lembrar que as modificações recentes na legislação trabalhista possibilitam soluções alternativas, sendo que o mais importante é a sobrevivência que permita a retomada em momento posterior.

(...)sendo indicado que existam justificativas que fundamentem a motivação da decisão, amparadas na avaliação contratual e no equilíbrio das contas públicas.

Corroborando com este entendimento, assim se posicionou o Tribunal de Contas do Estado do Paraná:

(...) caberá ao Município aferir circunstancialmente quais os reflexos de sua decisão em termos financeiros e sociais.

Por um lado, em termos financeiros, sabe-se que o momento é de cautela para a administração pública, que ao mesmo tempo em que perde receitas em valores relevantes passa a suportar um aumento expressivo nas demandas sociais, especialmente na área de saúde.

Por outro lado, nossa Constituição Federal estipula a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, o qual deve ser aferido dentro de um contexto de solidariedade neste momento em que o aumento do desemprego não auxiliará na resolução do problema em um aspecto mais amplo.

O advento da Medida Provisória nº. 936/2020, com o chamado "Programa emergencial de manutenção do emprego e da renda", trouxe alternativas que

possibilitam a administração pública conciliar os dois objetivos acima descritos, mediante soluções, que podem ser adotadas pela empresa contratada, como redução da jornada de trabalho e, proporcionalmente, do salário ou suspensão temporária do contrato de trabalho com o pagamento de um benefício emergencial pela União aos funcionários para que não percam sua renda.

Por fim, não é demais asseverar, que o Administrador Público ao pautar suas ações neste novo cenário epidemiológico, deve levar em consideração a sua realidade local, além de sempre buscar estar ancorado nos princípios que regem a Administração Pública, dentre eles, da legalidade, moralidade, proporcionalidade, razoabilidade, probidade administrativa e da eficiência.

É o parecer.

Em, 20 de agosto de 2020.

Ana Marta Meira Machado Duran
Assessora Jurídica

Parecer revisado por Alessandro Macedo por determinação da Presidência