TC nº 72-001.204.12-84

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONVÊNIO. SMADS. Serviços denominados de Projeto EACE - Esportes, Artes, Cidadania e Educação. ACOLHIDO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72-001.203.12-11 e 72-001.204.12-84.

2.871ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 25/04/2017

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular a execução do Convênio 006/SMADS/2010.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de maio de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trago a julgamento conjunto os processos TC 72-001.203.12-11 e TC 72-001.204.12-84, pela conexão das questões enfrentadas, pois nesses expedientes foram realizadas a análise formal e o acompanhamento da execução do Convênio 06/SMADS/2010, com seus respectivos aditamentos,

decorrente da municipalização de serviços Socioassistenciais, que tem como objeto a prestação dos serviços denominados Projeto EACE – Esportes, Arte, Cidadania e Educação, sendo oferecidas 1000 vagas para crianças, adolescentes, jovens, adultos, terceira idade e famílias, portadores ou não de deficiência, em situação de risco pessoal e/ou social, com valor de repasse mensal de R$ 64.000,00 (sessenta e quatro mil reais), totalizando R$ 384.000,00 (trezentos e oitenta e quatro mil reais) para o período inicialmente previsto de vigência de 06 (seis) meses. Passo a relatar os correspondentes autos.

No âmbito do TC 72-001.203.12-11, manifestou-se inicialmente a Auditoria apontando as seguintes irregularidades em relação ao Convênio 06/SMADS/2010:

a) Valor empenhado insuficiente para atender a despesa do exercício;

b) Certificado de Regularidade com o FGTS vencido na data da assinatura do Convênio;

c) Ausência de apreciação e aprovação da minuta do convênio pela assessoria jurídica da Unidade;

d) Não designação de representante da Administração para o acompanhamento da execução;

e) Divulgação do convênio na página eletrônica da Prefeitura não contempla todas as informações previstas pelo art. 2º da Lei Municipal 14.469/07;

f) Não encaminhamento para ciência da celebração do Convênio à Câmara Municipal de São Paulo;

g) Publicação extemporânea do Termo de Convênio;

h) Não definição quantitativa das metas a serem atingidas durante a execução do convênio, constando do Plano de Trabalho a quantidade de vagas a serem disponibilizadas e as atividades que serão realizadas.

Quanto ao Termo Aditivo 01/2010, a Auditoria fez os seguintes apontamentos:

a) Valor empenhado insuficiente para atender a despesa do exercício;

b) Ausência de apreciação e aprovação da minuta de aditamento pela assessoria jurídica da Unidade;

c) Não divulgação deste aditamento de convênio na página eletrônica da Prefeitura;

d) Não disponibilização do ajuste no Sistema Radar, uma vez que a publicação foi realizada em desacordo com a Portaria 146/05-SMG, alterada pela Portaria 15/10-SMG.

Em relação ao Termo Aditivo 02/2010, foram indicadas as seguintes constatações:

a) Valor empenhado insuficiente para atender a despesa do exercício;

b) Não divulgação deste aditamento de convênio na página eletrônica da Prefeitura;

c) Não elaboração de edital de chamamento, mesmo tendo ocorrido o termo final do prazo do período de transição em que este era dispensado, nos termos da Portaria 34/SMADS/2007;

d) Não divulgação deste aditamento de convênio na página eletrônica da Prefeitura;

e) Não disponibilização do ajuste no Sistema Radar, uma vez que a publicação foi realizada em desacordo com a Portaria 146/05-SMG, alterada pela Portaria 15/10-SMG.

No tocante ao último aditamento ao convênio analisado, o TA 01/2011, os achados de Auditoria foram os seguintes:

a) Valor empenhado insuficiente para atender a despesa do exercício;

b) Não divulgação deste aditamento de convênio na página eletrônica da Prefeitura;

c) Não elaboração de edital de chamamento, mesmo tendo ocorrido o termo final do prazo do período de transição em que este era dispensado, nos termos da Portaria 34/SMADS/2007;

d) Não divulgação deste aditamento de convênio na página eletrônica da Prefeitura;

e) Não disponibilização do ajuste no Sistema Radar, uma vez que a publicação foi realizada em desacordo com a Portaria 146/05-SMG, alterada pela Portaria 15/10-SMG.

Todos os aditamentos foram considerados irregulares pelos motivos enumerados acima e também por sucederem conveniamento considerado irregular.

Em seguimento da instrução, a Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se pela irregularidade do Convênio 06/SMADS/2010 e dos Termos de Aditamento 01/2010, 02/2010 e 01/2011, apenas apresentando discordância em relação a um ponto, com relação ao período de transição estabelecido pela Portaria 34/SMADS/2007. Isso porque portarias posteriores, 43/SMADS/2010 e 42/SMADS/2011, permitiram a prorrogação do período convenial. Todavia, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que a prorrogação operada pelo Termo de Aditamento 01/2010 era irregular por outro motivo, consistente na aposição de data retroativa ao aditamento, que havia expirado no dia 30 de junho de 2010.

A fim de possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa, foram intimadas a Origem, a Ordenadora da Despesa à época dos fatos e a Entidade Conveniada, para se manifestarem nos autos.

A Secretaria Municipal de Desenvolvimento e Assistencial Social apresentou manifestação que, em síntese, afirma o que segue:

a) a ausência de apreciação e aprovação da minuta de aditamento pela assessoria jurídica da Unidade se deve ao elevado número de convênios a serem aditados, sendo as orientações jurídicas veiculadas por meio de Portarias;

b) a remessa de informações à Câmara Municipal não se aplica à formalização dos convênios da assistência social, por aplicação da Lei Municipal 13.153/2001;

c) embora não tenha havido formalização de designação de representante da Administração para o acompanhamento da execução do convênio, essa tarefa foi cumprida, o que pode ser constatado pelos relatórios de supervisão;

d) o Despacho Secretarial que determinou a prorrogação pelo Termo Aditivo 01/2010 foi publicado no dia 1º de julho de 2010, com efeitos retroativos a 29 de junho de 2010;

e) o empenhamento das despesas nos anos de 2010 a 2012 seguiu o determinado nos decretos de execução orçamentária, com liberação de cotas orçamentárias trimestrais ou quadrimestrais, nos termos dos Decretos 51.194/2010, 51.200/2010, 52.087/2011 e 52.934/2012, tendo todo o período de vigência do convênio sido coberto com previsão de recursos;

f) o termo de Convênio 06/SMADS/2010 foi enviado para a publicação fora do prazo legalmente previsto, o que, todavia, não ocorreu em relação a seus termos aditivos;

g) a publicação das informações completas sobre os termos de aditamento de convênios somente passou a ser efetuada na página eletrônica da Pasta a partir do mês de setembro de 2010, por orientação firmada internamente.

A entidade Mamãe Associação de Assistência à Criança Santamarense manifestou-se sobre os apontamentos da Auditoria que considerou dizer respeito à sua atuação como Conveniada da seguinte forma:

a) o Certificado de Regularidade com o FGTS estava vencido na data da assinatura do Convênio em razão de problemas burocráticos na tramitação interna da Pasta, que ocasionaram a demora na conclusão da avença, razão pela qual traz aos autos documentação que considera comprobatória da regularidade quando do momento em que o termo convenial foi firmado;

b) afirmação da existência de projeto socioeducativo, com valores de mensuração que podem ser aferidos nos relatórios e avaliações realizadas pela entidade junto aos participantes dos cursos e atividades, dos quais acostou cópia aos autos;

c) a ausência de edital de chamamento deu-se em virtude da municipalização operada nos serviços de assistência social, mas a escolha da entidade não foi aleatória, mas sim baseada no fato de a Conveniada, à época da municipalização, ser a prestadora dos serviços junto ao Estado, estando em pleno desenvolvimento das atividades que caracterizam o presente convênio.

Alda Marco Antônio, ex-Secretária Municipal, na qualidade de ordenadora de despesa à época dos fatos, trouxe esclarecimentos, que podem ser resumidos, em síntese, nos seguintes pontos:

a) os empenhos emitidos foram suficientes para cobrir as despesas realizadas para o exercício de 2012;

b) a ausência de apreciação e aprovação da minuta de aditamento pela assessoria jurídica da Unidade se deve ao elevador número de convênios a serem aditados, sendo as orientações jurídicas veiculadas por meio de Portarias;

c) a não disponibilização de todas as informações cabíveis na página eletrônica de SMADS não compromete o convênio em si, conforme pronunciamentos do próprio Tribunal de Contas do Município em outros processos;

d) a obrigatoriedade da remessa de informações à Câmara Municipal não se aplica aos convênios de SMADS.

Pugna, ao final, pelo acolhimento do instrumento convenial e seus aditamentos, sem imposição de sanções a agentes públicos, pois as finalidades da Administração foram atingidas, com a fruição dos serviços pela população, tendo os agentes públicos agido com zelo e os condutores dos serviços conveniados se pautado pela boa-fé.

Tornados os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, após a apresentação das defesas, a Auditoria considerou que todos os apontamentos deveriam ser mantidos, com exceção de dois itens que considerou superados com os esclarecimentos prestados, da seguinte forma:

a) restou justificada, com a documentação apresentada pela entidade Conveniada, a definição quantitativa de metas a serem atingidas durante a execução do convênio;

b) retificou o apontamento pelo qual considerava seria necessária a remessa do termo convenial à Câmara Municipal, nos termos do Memorando Circular SFC 176/11.

Seguindo a instrução processual, os autos foram submetidos a uma nova análise da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que opinou no sentido de que alguns apontamentos poderiam ser relevados, mas que subsistiriam problemas a comprometer a regularidade do Convênio e de seus respectivos Termos de Aditamento.

Assim, a Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou passíveis de relevação os seguintes apontamentos:

a) insuficiência de empenhamento, pois muito embora os Decretos orçamentários estivessem em desacordo com o princípio da anualidade e com o previsto na Lei Federal 4.320/64, os agentes públicos não poderiam adotar conduta diversa, devendo obediência à regulamentação municipal;

b) a não disponibilização das informações sobre o Convênio e de seus Aditivos na página eletrônica de SMADS não macula, em si, o ajuste e suas alterações, embora o Tribunal possa adotar medidas de reprimenda ou recomendação a fim de haja o devido cumprimento do previsto na Lei Municipal 14.469/07;

c) a não obrigatoriedade de comunicação da celebração do Convênio à Câmara Municipal, por inaplicabilidade do art. 116, § 2º da Lei Federal 8.666/93 ao âmbito municipal;

d) a existência de precedentes no âmbito desta Corte de Contas do sentido de relevar a publicação extemporânea de termos e aditamentos;

e) a publicação dos termos de Aditamento realizada em desacordo com a Portaria 146/05-SMG, impossibilitando a captação dos dados pelo

Sistema Átomo Radar, não compromete a regularidade dos ajustes, embora possa ser objeto de medidas de reprimenda ou recomendação, pelo descumprimento da normativa referida.

A Procuradoria da Fazenda Municipal pondera que muito embora possam ser feitas ressalvas aos procedimentos adotados, as falhas apontadas são de caráter formal, a ensejar a convicção de que não macularam os ajustes. Sustenta, ainda, que os atos praticados podem ser recepcionados por esta Corte de Contas, pois não há dúvidas de que os serviços pactuados foram prestados, sem comprovação de qualquer conduta de má-fé ou de prejuízo ao Erário.

Pleiteia, ao final, o acolhimento do termo convenial e de seus aditamentos, com relevação das impropriedades constatadas, ou, subsidiariamente, o reconhecimento dos efeitos patrimoniais e financeiros decorrentes.

Encerrando a instrução processual do primeiro expediente analisado, a Secretaria Geral opinou pelo não acolhimento do Convênio em exame e de seus Termos de Aditamento, adotando o posicionamento exarado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, com ressalva de considerar que a Origem prorrogou um ajuste efetuado sem a realização de processo objetivo de seleção, cuja manutenção deveria ser pautada pela excepcionalidade de sua celebração.

Passando ao TC 72-001.204.12-84, que trata da execução do Convênio 06/SMADS/2010, a primeira manifestação da Auditoria constatou apenas duas impropriedades:

a) Inexistência de placa de identificação afixada no imóvel onde funciona o serviço conveniado;

b) Ausência de informação de que o Projeto EACE é mantido em convênio com a Prefeitura do Município de São Paulo e com o Governo do Estado, no material promocional e de divulgação das atividades da Entidade.

Em seguida, manifestou-se a Assessoria Jurídica de Controle Externo, afirmando não vislumbrar questionamentos jurídicos adicionais aos apontamentos de irregularidades efetuados pela Auditoria, reservando-se, todavia, a faculdade de emitir novo parecer após a apresentação de defesas pelos interessados.

Assim, considerando a inafastável garantia de exercício do contraditório e da ampla defesa, a Origem, os ordenadores de despesas e a entidade Conveniada foram instados a se manifestar.

Manifestou-se a Secretaria Municipal de Desenvolvimento e Assistência Social apresentando comprovação de afixação de placa identificando o serviço conveniado e oferecido, e admitindo que o material promocional não contava

com o indicativo da existência de convênio com a Municipalidade e com o Estado de São Paulo, passando, todavia, a fazê-lo a partir da constatação da Auditoria.

A entidade Conveniada trouxe aos autos a comprovação de afixação da placa informativa do serviço, da mesma forma que a Origem, e também apresentou os novos modelos de formulários e documentos utilizados, nos quais passou a constar a menção expressa à existência de convênio com as Administrações Estadual e Municipal.

Alda Marco Antônio, na qualidade de ex-Secretária Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social e ordenadora de despesas à época dos fatos, noticiou o saneamento das impropriedades apontadas pela Auditoria, nos mesmos termos em que se manifestaram a Origem e a entidade Conveniada.

Voltando os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Auditoria considerou que estavam superados ambos os apontamentos, com os esclarecimentos prestados pelos interessados.

Seguindo a instrução, a Assessoria Jurídica de Controle Externo apresentou parecer também no sentido de que as impropriedades foram sanadas e que não persistem apontamentos que impeçam o acolhimento da execução convenial, sem prejuízo de eventuais determinações que sejam consideradas cabíveis em razão do descumprimento inicial das obrigações previstas no Convênio.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requer seja acolhida a execução convenial, por sua regularidade, face à correção das falhas inicialmente constatadas, superadas pelos Órgãos Técnicos desta Corte.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opina pelo acolhimento da execução do Convênio 06/SMADS/2010, tendo em vista a inexistência nos autos de notícias acerca de eventual descumprimento do objeto convenial.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Esta Relatoria possui o entendimento, expressado em outros julgados[1], de que deve haver a aplicação mais branda do ordenamento jurídico em relação às falhas e infringências de natureza formal que remanesceram não relevadas pelos órgãos preopinantes desta Corte, em razão de se tratar de avença na forma de convênio, a qual não se subsume por inteiro, ao regime jurídico da Lei Federal 8.666/93.

[1] TC nº 7.593/11-21, TC nº 649/11-84, TC nº 595/11-57, TC nº 650/11-63, TC nº 1.017.11-56 e TC nº 1.276/11-04

Este diploma normativo trata, por excelência, da contratação e não do conveniamento, ao qual se aplicam suas disposições no que forem cabíveis e pertinentes, conforme previsto no artigo 116 da Lei Geral de Licitações.

Tanto a Lei Federal 8.666/93 possui limitações na disciplina das parcerias da Administração Pública com entidades da Sociedade Civil, que foram editados diplomas específicos, como a Lei Federal 9.637/98 e a Lei Federal 9.790/99, que introduziram instrumentos como os contratos de gestão e os termos de parceria para lidar com o tema.

Mais recentemente, foi editada a Lei Federal 13.019/14, que traz novos institutos e previsões aplicáveis, mas sua vigência, todavia, não alcança os fatos anteriormente praticados, como no caso em tela.

Feita estas ponderações iniciais, passa-se à análise dos apontamentos realizados pelos Órgãos Técnicos referentes à observância das formalidades legais na celebração do Convênio 06/SMADS/2010 e de seus Termos de Aditamento 01/2010, 02/2010 e 01/2011, e à execução da avença.

Verifica-se pela instrução de ambos os processos ora analisados, os TCs 72-001.203.12-11 e 72-001.204.12-84, que os apontamentos tidos como subsistentes pelos Órgãos Técnicos desta Corte, mesmo diante das defesas apresentadas, referem-se à formalização do convênio e de seus aditamentos, já que em relação à execução dos serviços prestados, houve o registro de apenas duas infringências, de menor relevância, que foram superados durante o trâmite do feito, com aposição de placa de identificação do serviço e inclusão, nos formulários empregados, de menção ao financiamento do projeto pelas Administrações Municipal e Estadual.

Ou seja, apesar de remanescerem questões suscitadas pela análise formal do convênio e de seus aditamentos, verifica-se que tais constatações não foram suficientes a macular o ajuste como um todo, já que o acompanhamento da execução convenial aponta para o cumprimento das obrigações pactuadas.

É certo que a observância da formalidade constitui requisito de validade do ato administrativo, constituindo-se em garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração.

Todavia, como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"A obediência à forma não significa, no entanto, que a Administração esteja sujeita a formas rígidas e sacramentais".

Assim, é possível mitigar os efeitos da inobservância das formas, em prol do atingimento da finalidade de consecução de um resultado de interesse público.

Com essa perspectiva, passo a analisar os apontamentos realizados em relação ao Convênio e/ou a seus Termos Aditivos, que não se viram superados e, consequentemente, foram considerados suficientes a conduzir à irregularidade da avença.

a) Certificado de Regularidade com o FGTS vencido na data da assinatura do Convênio.

Foi possível verificar que o Certificado de Regularidade junto ao FGTS venceu durante a instrução do processo administrativo, que culminaria com o conveniamento. Mas, pela documentação acostada aos autos, constata-se que em nenhum momento a entidade Conveniada esteve em situação irregular.

Ou seja, houve uma falha administrativa em não exigir da Conveniada a apresentação do novo Certificado, mas não se pode considerar que tenha sido impropriedade suficiente a macular o ajuste como um todo.

Outrossim, a jurisprudência desta Corte tem se posicionado nesse sentido, de considerar que a ausência documental de Certificado de Regularidade do FGTS não é, por si só, infringência a determinar a irregularidade da avença examinada.

Nesse sentido, podem ser suscitados como precedentes os seguintes expedientes: TC 72-001.447.08-08; TC 72-002.981.05-53 e TC 72-003.080.07-87[2].

b) Ausência de apreciação e aprovação da minuta do convênio pela assessoria jurídica da Unidade.

Muito embora seja relevante a existência de manifestação jurídica que analise os termos de um convênio e seus aditamentos, como no caso em tela, considera a doutrina que a falta do parecer previsto no art. 38, parágrafo único da Lei Federal 8.666/93 não acarreta a invalidação dos atos praticados.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que

> *"a ausência de manifestação da assessoria jurídica não se constitui em defeito autônomo, apto a eliminar a validade do ato. (...) O descumprimento da regra do parágrafo*

[2] TC nº 1.447/08-08, Relator Conselheiro João Antônio, julgamento em 18/03/2015, v.u.; TC nº 72-002.981.05-53, Relator Conselheiro Roberto Braguim, julgamento em 11/03/2015, v.u.; TC nº 72-003.080.07-87, Relator Conselheiro Domingos Dissei, julgamento em 04/03/2015.

único não vicia o procedimento se o edital ou o contrato não apresentavam vício".[3]

c) Não designação de representante da Administração para o acompanhamento da execução.

A ausência de designação formal de representante não acarretou falta de acompanhamento efetivo da execução, pois apesar de não ter havido a formalização do ato, a Origem trouxe aos autos documentação comprobatória de que os serviços vinham sendo acompanhados por técnico responsável.

A análise da Auditoria, por sua vez, não detectou falhas de execução do Convênio que pudessem decorrer da ausência de supervisão dos trabalhos, sendo, assim, este apontamento passível de operação.

d) Não elaboração de edital de chamamento, mesmo tendo ocorrido o termo final do prazo do período de transição em que este era dispensado, nos termos da Portaria 34/SMADS/2007.

Conforme apontado no parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, as Portarias 43/SMADS/2010 e 42/SMADS/2011, expedidas posteriormente, permitiam a prorrogação do convênio em análise.

Além disso, é de se considerar que o Convênio em exame foi celebrado quando da municipalização dos serviços de assistência social anteriormente prestados pela Administração Estadual e que, diante da complexidade da demanda a suprir, face às inúmeras necessidades da população paulistana, a prorrogação não se afigurou irrazoável ou desproporcional, vindo os editais de chamamento a serem utilizados posteriormente.

Por tais razões, tal apontamento não macula a prorrogação do ajuste.

e) Prorrogação operada pelo Termo de Aditamento 01/2010 conta com aposição de data retroativa, pois o termo convenial já haveria expirado no dia 30 de junho de 2010.

Verificou-se durante a instrução processual que embora conste, no Termo de Aditamento 01/2010, a data de 30 de junho de 2010 como data de celebração do ajuste, este somente teria sido efetivamente firmado a 5 de julho de 2010, quando houve o encaminhamento do respectivo processo administrativo para assinatura.

Enfrentando tal questão, de que houve aposição de data retroativa no aditamento em análise, a Origem afirmou que o Secretário da Pasta

---

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 16ª. edição. 2ª. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 689-690.

expediu despacho autorizatório da prorrogação no dia 1º de julho de 2010, com efeitos retroativos a 29 de junho daquele ano, o que seria suficiente para a não caracterização de extinção do Convênio 06/SMADS/2010 e, consequentemente, para a validade do Termo de Aditamento em exame.

É possível inferir das informações prestadas que o prazo efetivamente havia se expirado, mas que a Origem estava encetando as providências necessárias para que o aditamento fosse firmado ainda durante a vigência do Convênio, não transparecendo que a prorrogação do prazo do ajuste tenha sido efetivada com má-fé ou interesses outros que não o interesse público a tutelar, que seria evitar a descontinuação do serviço que era prestado.

Nesse sentido, no início deste voto já foi apontado que é possível a mitigação da observância das formas, sopesando-se o atendimento do interesse público, que pode ser tido como alcançado no caso em tela, em razão da constatação de que a avença vinha sendo regularmente executada, cumprindo-se o Plano de Trabalho e oferecendo as atividades esportivas à população.

Portanto, muito embora seja desejável que as prorrogações conveniais sejam realizadas em tempo hábil, especificamente no caso em tela, vislumbro a possibilidade de excepcional relevação da falha.

Diante do exposto, ACOLHO EXCEPCIONALMENTE o Convênio 06/SMADS/2010, os Termos de Aditamento 01/2010, 02/2010 e 01/2011, e JULGO REGULAR a execução do ajuste, DETERMINANDO À ORIGEM que zele para que os aditamentos sejam feitos rigorosamente dentro dos prazos de vigência convenial.

Ressalte-se que o descumprimento dessas determinações acarretará, nos casos futuros, a responsabilização dos agentes públicos incumbidos de sua implementação.