TC nº 72-001.214.12-38

ANÁLISE. CONVÊNIO. SEME. Realização do Programa Polos de Brincar. REGULAR. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

314ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

Trânsito em julgado: 23/05/2018

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular o Convênio 006/SEME/2012.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, em determinar que a Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação (atual Secretaria Municipal de Esportes e Lazer), observe a rigorosa e tempestiva emissão das notas de empenho nos convênios que venha a firmar e exija no ato de sua celebração a comprovação da regularidade fiscal das parceiras.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

Presentes o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO e o Procurador GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de novembro de 2017.

MAURÍCIO FARIA
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Trata o presente de análise do Convênio nº 006/SEME/2012, firmado entre a Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação – SEME (atual Secretaria Municipal de Esportes e Lazer) e a Associação

Civil Cidadania Brasil – ACCB, para realização do Programa "Polos de Brincar – Região Leste 2" na Cidade de São Paulo, no valor de R$ 644.547,20 (seiscentos e quarenta e quatro mil, quinhentos e quarenta e sete reais e vinte centavos).

No desempenho de suas atribuições, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade do referido Convênio, em razão dos seguintes apontamentos:

1) Não instrução do extrato de publicação do Termo de Convênio e da planilha de custos no Portal da SEME, em infringência ao Manual de Seleção de Convênios, Letra "A", item 24 da Portaria nº 15/09 – SEME[1];

2) Falta de comprovação de regularidade fiscal perante a Seguridade Social, em infringência ao artigo 1.5.2.6 da Portaria nº 23/SEME/2011[2] e Item 11.4 do Chamamento Público nº 002/SEME – G/2012;

3) Extemporaneidade dos recursos empenhados, em infringência ao artigo 60 da Lei Federal nº 4.320/64[3] e ao artigo 1º do Decreto Municipal nº 23.639/87[4];

4) Falta de evidência de comunicação à Câmara Municipal sobre a formalização do Convênio, em infringência ao artigo 116, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93[5].

Em manifestação, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade do Ajuste, concordando com os fundamentos expostos pela SFC, com exceção do apontamento referente à falta de comunicação à Câmara Municipal sobre sua formalização. Todavia, sugeriu a necessidade de prévia oitiva da Pasta para posicionamento conclusivo (fls. 176/180).

Na sequência, determinei a expedição de Ofício à Secretaria para apresentação de justificativas (fl. 181), a qual alegou que, não obstante tenha emitido a Portaria nº 15/2009 para estabelecer a divulgação dos atos praticados aos Órgãos Internos da Secretaria, essa é parcialmente inoperante, merecendo revisão, embora, por um lapso, ainda não tenha sido efetuada. Afirmou que foi apresentada uma Certidão Positiva com Efeitos de Negativa relativa às Contribuições Previdenciárias da Conveniada com validade até 13/2/2012, a qual engloba o período de republicação do Chamamento Público, e acrescentou que o

---

[1] 24. A Assessoria de Comunicação Social deve providenciar a publicação do Extrato do Termo de Convênio e da planilha de custos no Portal da SEME;

[2] 1.5.2 - Para Cadastro das Entidades junto a SEME deverão ser juntados, no mínimo, os seguintes documentos: (...) 1.5.2.6. Apresentação de Certidão Negativa (ou positiva com efeitos de negativa) de Débitos - CND, atualizada, do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS (Previdência Social);

[3] Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

[4] Art. 1º. O empenho para realização de despesa deverá ser prévio e não poderá ultrapassar os recursos especificamente destinados em lei orçamentária ou em créditos adicionais.

[5] Art. 116. (...) § 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

Núcleo de Orçamento e Finanças da SEME adotou os procedimentos determinados pela Secretaria de Finanças para a emissão das Notas de Empenho (fls. 183/185).

Na análise das considerações acrescidas, a SFC manteve seu posicionamento pela irregularidade do Convênio (fls. 187/188, verso).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por sua vez, também não acolheu as explicações oferecidas, ratificando seu pronunciamento anterior pela irregularidade do Convênio, com exceção dos apontamentos de extemporaneidade do Empenho, dada a existência de precedentes desta E. Corte no sentido da remissão de tal falha, e de infração ao princípio da publicidade, em razão da divulgação do Ajuste por outros meios previstos em lei. Sugeriu, ainda, a oitiva da Conveniada sobre a ausência de sua Certidão Negativa de Débitos de Contribuições Previdenciárias e de Terceiros por ocasião da formalização do Convênio (fls. 191/195).

Na sequência, determinei a expedição de Ofício a SEME para ciência e manifestação acerca das conclusões alcançadas pelas áreas técnicas desta Corte (fl. 196) que, por seu lado, afirmou que compartilha do entendimento exarado pela AJCE no sentido da possibilidade de que sejam relevadas as falhas de extemporaneidade do empenho e ausência de comunicação à Câmara Municipal. No tocante à falta de comprovação da regularidade fiscal perante a Seguridade Social, cita parecer do ex-Secretário Geral desta E. Corte, João Alberto Guedes, proferido no âmbito do TC nº 72-006.524.97-00, no sentido de que a Lei Municipal nº 11.184/92 não obriga a Administração Pública a exigir a comprovação da regularidade fiscal perante a Seguridade no momento da assinatura do Contrato, podendo requerê-la em qualquer momento da sua duração. Alegou que a Certidão era válida no momento da habilitação da Conveniada, não havendo razão para presumir o contrário menos de um mês após a realização do Chamamento, haja vista que o Termo de Convênio foi assinado em 5/3/2012. Por isso, considerou que o Convênio pode ser considerado regular (fls. 198/199).

Em seguida, determinei a intimação da Associação Civil Cidadania Brasil – ACCB para que apresentasse defesa relativamente à comprovação de sua regularidade perante a Seguridade Social na data da lavratura do Ajuste (fl. 201), a qual afirmou que houve equívoco da Auditoria ao exigir a comprovação em tal data, uma vez que a Portaria nº 23/SEME/2011, no item 1.5.2.6, exige a apresentação da Certidão apenas na data de cadastramento da entidade na SEME. Acrescentou que a Associação atendeu ao item 11.2 do Chamamento Público, que estabeleceu o prazo para apresentação de proposta e documentação entre 23/1/2012 e 9/2/2012, e que exibiu a Certidão ao receber o primeiro repasse da Secretaria, de sorte que se tratou de falha formal e sem prejuízo ao Erário, razão pela qual o Convênio deveria ser considerado regular (fls. 226/235).

Na análise do acrescido, a Assessoria Jurídica reiterou o pronunciamento precedente, opinando pela irregularidade do Convênio. O Assessor Subchefe de Controle Externo pontuou que, caso esta Corte entendesse pela possibilidade de remissão da falha referente à ausência de Certidão por inexistir

prova cabal do débito no período, seria necessário ressalvá-la na instrução processual do expediente administrativo, no qual não se fez constar o documento (fls. 242/245).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, ao intervir nos autos, filiando-se aos esclarecimentos prestados pela Pasta, concluiu que há elementos suficientes para justificar a regularidade do Convênio (fls. 246/250 e fls. 268/269).

A Secretaria Geral, na voz do Secretário-Geral, opinou no sentido do não acolhimento do Convênio nº 164/SEME/2011, tendo em vista a ausência nos autos de documentação comprobatória acerca da regularidade fiscal da Conveniada, embora os demais apontamentos de irregularidade pudessem ser relevados (fls. 252/256).

Em sede de saneamento, determinei a intimação do Ordenador de Despesa na época, Alberto Felippe Haddad Filho (fl. 270), o qual afirmou que o “Projeto Polos de Brincar” teve como finalidade atender, de modo premente, uma parte da população que não era acolhida pelo Programa Clube Escola, desenvolvido pela Secretaria (fls. 285/289) e que, por essa razão, houve descuido quando da assinatura do Termo de Convênio no tocante à validade da Certidão. Disse que a finalidade da regra estabelecida no artigo 195, § 3º da Constituição Federal é impedir a concessão de favorecimento àquele que não colabora corretamente para o cumprimento das obrigações jurídicas que permitem a estabilidade da sociedade, o que também está estampado no artigo 29, IV da Lei Federal nº 8.666/93. Citou parecer do Ex-Secretário-Geral João Alberto Guedes e afirmou que a finalidade legislativa foi alcançada por meio do Convênio, sendo que, após a sua celebração, foi apresentada a Certidão, sanando a irregularidade. Pede o reconhecimento da regularidade do Convênio.

Em manifestação complementar, a ACCB alegou que

(i) foi atendido o princípio da publicidade, pois os processos de Chamamento sempre estiveram disponíveis para consulta por qualquer interessado e foram publicados em meio impresso, sendo que a publicação do ato na internet configura faculdade da Administração Pública;

(ii) há precedentes proferidos por esta E. Corte no sentido de relevar a irregularidade de extemporaneidade dos recursos empenhados;

(iii) a obrigatoriedade de comunicação da formalização de Convênios à Câmara Municipal só existe no âmbito municipal quando houver repasse de recursos oriundos da União ao particular conveniado, o que não ocorreu no caso em tela;

(iv) a falta de demonstração de regularidade perante a Seguridade Social não permite presumir a ocorrência de prejuízo ao Erário, ou de

que os preços contratados não eram compatíveis com o mercado ou de que os serviços pagos não foram efetivamente prestados;

(v) a Certidão perante a Seguridade Social não foi apresentada na assinatura do Convênio por um lapso, mas sim no momento do depósito do primeiro empenho;

(vi) há comprovantes de regularidade previdenciária antes e após a assinatura do Ajuste, conforme Certidões do período, ora apresentadas. Completou aduzindo que as falhas detectadas são de natureza formal e não tornam irregular o Convênio celebrado (fls. 290/301).

Analisando as informações acrescidas, a SFC reiterou a sua manifestação anterior no sentido da irregularidade do Ajuste, com exceção do apontamento referente a não comunicação à Câmara Municipal sobre a formalização do Convênio, ante a ausência de aplicação de recursos federais (fls. 328/329).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo repisou seu posicionamento anterior no sentido da irregularidade do Ajuste em razão da ausência de demonstração da regularidade da Conveniada perante o INSS (fls. 331/333).

Em nova manifestação, a Procuradoria da Fazenda Municipal insistiu no seu posicionamento pelo acolhimento do Convênio ou, subsidiariamente, pediu a aceitação dos efeitos financeiros do Ajuste (fls. 335/336).

Por fim, a Secretaria Geral manteve sua posição anterior no sentido da irregularidade do Ajuste pelos motivos já anteriormente expostos.

É o relatório.

VOTO

No curso da instrução, tanto a SFC, quanto a AJCE entenderam que poderia ser superada a irregularidade relativa à ausência de comunicação do Convênio à Câmara Municipal, em razão da existência de decisões anteriores proferidas por esta Corte de forma análoga.

De fato, como consta no Acórdão proferido no TC nº 72-000.375.11-50, em 24/2/2016, da 1ª Câmara desta E. Corte, de minha Relatoria, a falta de comunicação da celebração do Convênio à Câmara não constitui irregularidade, já que não há norma municipal impondo tal dever, posto que o artigo 116, § 2º da Lei Federal n.º 8.666/93 não possui natureza geral e não se aplica, de plano, a todos os entes federados.

Quanto à extemporaneidade do empenho, também já me manifestei no sentido de que se trata de falha que pode ser relevada, nos termos do

voto em que declarei no julgamento do TC nº 72-003.276.07-07[6]. Ressalto que, conforme apontou a Auditoria (fl. 172, verso), foi realizado o provisionamento dos recursos orçamentários pela Nota de Reserva nº 17.455, emitida em 2/3/2012 (fl. 136) e houve a emissão da Nota de Empenho em 15/3/2012 (fl. 165), ou seja, 10 (dez) dias após a celebração do Ajuste (firmado em 5/3/2012) e apenas 4 (quatro) dias após o início da sua Execução (11/3/2012). Considero, ainda, que o pequeno lapso temporal e o provisionamento de recursos orçamentários implicam a caracterização de falta leve e que não culmina na irregularidade do Convênio.

Em relação ao descumprimento da obrigação de publicação do Termo de Convênio e da Planilha de Custos no Portal da SEME, exigida na Portaria nº 15/09/SEME, que estabeleceu o Manual de Seleção de Convênios, entendo que não houve contrariedade ao princípio da publicidade, em razão da divulgação do Ajuste por outros meios igualmente previstos em lei.

No que pertine à não comprovação da regularidade fiscal da ACCB perante a Seguridade Social, observo que o Convênio foi assinado em 5/3/2012 e publicado no Diário Oficial da Cidade em 17/3/2012 (fl. 157), ocasião em que já havia expirado a validade da Certidão de Débitos relativos às Contribuições Previdenciárias e às de Terceiros (com validade até 13/2/2012, fls. 96 e 304), sendo que a Certidão seguinte foi emitida em 25/4/2012 (fl. 305).

Diante do curto intervalo de tempo e nos termos da decisão que proferi no TC nº 72-001.374.13-95[7], acolhida pelo Plenário desta E. Corte, considero que a ausência momentânea pode ser relevada, pois embora o ordenamento jurídico brasileiro exija a apresentação tempestiva de Certidões válidas, objetivando evitar o estabelecimento de relações com entidades inadimplentes com os encargos fiscais e sociais, diferentemente do que foi exposto pela SEME e pelo Ordenador de Despesa no precedente citado, pondero que a falta da referida documentação, por si só, não permite inferir que a Associação se encontrava em débito, especialmente porque a regularidade perante a Seguridade Social foi comprovada no mês posterior.

Além disso, por força do princípio da razoabilidade, não devem ser estabelecidas sanções em medida superior ao estritamente necessário para o atendimento do interesse público, circunstância que igualmente justifica o julgamento pela regularidade do Convênio em tela.

Posto isso, julgo regular o Convênio nº 006/SEME/2012, com determinação para que a Pasta observe a rigorosa e tempestiva emissão das

---

[6] TC nº 72-003.276.07-07, Relator Designado para redigir o Acórdão: Roberto Braguim, 1º Acórdão proferido em 3/12/2014 e 2º Acórdão proferido em 26/10/2016.

[7] EMENTA: ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SEHAB. Construção de unidades habitacionais. Conjunto Habitacional Minas Gás. Inexistência de evidencias da situação de regularidade fiscal da Contratada à época da assinatura do Ajuste, mas comprovada a situação regular perante o FGTS e o INSS posteriormente. Ausência de assinatura do Edital.NE insuficiente. Regulares. Votação unânime. TC nº 72-001.374.13-95, Relator Roberto Braguim, j. em 8/2/2017, com trânsito em julgado em 12/7/2017.

Notas de Empenho nos Convênios que venha a firmar e exija no ato de sua celebração a comprovação da regularidade fiscal das parceiras.