TC nº 1.268/2011

ANÁLISE. CONVÊNIO. SME. Atendimento às crianças por meio de Centro de Educação Infantil/Creche. SME. Precedentes. ACOLHIDO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 1.221/2011, 1.263/2011 e 1.268/2011.

3.004ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 2.868ªS.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e JOÃO ANTONIO – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher o Convênio 005/SME/2010-RI.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para ciência deste Acórdão, procedendo-se, na sequência, ao arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de outubro de 2018.

ALEXANDRE CORDEIRO
Conselheiro Substituto
no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuida-se dos TCs 1.221/2011(Item I), 1.263/2011 (Item II) e 1.268/2011 (Item III), todos firmados entre a Secretaria Municipal de Educação - SME e a Ação Comunitária Tiradentes, relativos às análises, respectivamente, dos Convênios 253/SME/2009-RP, 213/SME/2010-RI e 005/SME/2010-RI, lavrados para atendimento às crianças por meio de Centro de Educação Infantil/Creche, pelo prazo de 30 (trinta) meses, nos valores estimados de R$ 816.019,10 (oitocentos e dezesseis mi, dezenove reais e dez centavos), R$ 1.373.285,00 (um milhão, trezentos e setenta e três mil, duzentos e oitenta e cinco reais) e R$ 1.111.005,73 (um milhão, cento e onze mil, cinco reais e setenta e três centavos).

Destaco, desde pronto, primeiro, que os processos tramita em conjunto por possuírem as mesmas partes e objeto e foram iniciados a partir de requisição de informações formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social, indagando se esta Corte de Contas examinava os Contratos referidos, além do 252/SME/2009-RP[1], firmados com a entidade Ação Comunitária Tiradentes.

Igualmente, por questão de economia processual, relatarei de maneira pormenorizada apenas o primeiro item, já que as irregularidades apontadas nos demais são, em sua maioria, coincidentes, pelo que também me permito cuidar, nos itens II e III, apenas de suas falhas específicas.

Nesse objetivo, começo por relatar o TC 1.221/2011 (Item I), no âmbito do qual, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou irregular o Convênio 253/SME/2009-RP, pelos seguintes motivos:

1) Ausência de justificativa para a escolha de celebração de Convênio, em afronta ao artigo 116, "caput"[2], da Lei 8.666/93, combinado com o artigo 2º, inciso I[3], do Decreto Municipal 44.279/03;

2) Falta de realização de Chamamento Público com a indicação de critérios objetivos para a escolha da entidade, em infringência ao princípio da isonomia e aos artigos 5º[4] e 6º[5] do Decreto Municipal 40.384/01;

3) Desconformidade do Plano de Trabalho com as normas a ele aplicava, em desacordo com o caput e com o inciso II do § 1º, ambos do artigo 116[6] da Lei 8.666/93;

---

[1] Este Convênio, de minha Relatoria, foi acolhido à unanimidade no TC 1.281/2011.

[2] **Art. 116.** Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

[3] **Art. 2º** O processo de licitação, devidamente autuado, deverá ser instruído, conforme o caso, com os seguintes elementos: **I -** requisição de material ou justificativas para contratação;

[4] **Art. 5º** Os projetos oficiais serão objeto de chamamento pelas Secretarias Municipais, visando despertar interesse de parcerias para eventos específicos, no âmbito de suas competências.

[5] **Art. 6º** As parcerias serão formalizadas por termo, em consonância com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade administrativa.

4) Falta de providências para a concessão de autorização de funcionamento, em afronta ao artigo 6º [7] da Deliberação CME 01/99 e da legislação de obras e edificações;

5) Ausência de comprovação de aplicação do excedente financeiro em educação e não apresentação de Certificado do Conselho Nacional de Assistência Social ou órgão equivalente, em infringência aos incisos II e V do § 2º do artigo 8º[8] da Lei Federal 11.494/07;

6) Inexistência de estudo sobre o custo da educação infantil, em afronta ao inciso III[9] do parágrafo único do artigo 26, combinado com o "caput" do artigo 116, ambos da Lei 8.666/93 e ao item 23 dos "Objetivos e Metas" para o Ensino Fundamental do Plano Nacional de Educação, instituído pela Lei Federal 10.172/01;

7) Não exigência de Certidão Negativa de Débito na Prestação de Contas da Conveniada, em infringência ao § 3º[10] do artigo 195 da Constituição Federal e ao artigo 1º da Lei Municipal 11.184/92 e do Certificado de Regularidade do FGTS, contrariando o § 1º[11] do artigo 1º da Lei Federal 9.012/95;

8) Não exigência de apresentação dos extratos bancários de conta corrente única e específica na Prestação de Contas, em infringência à Instrução Normativa 01/97 da (Secretaria do Tesouro Nacional;

9) Conta bancária já fornecida para a lavratura de outro Convênio com a Secretaria, contrariando o item 2.14 do Anexo II da Portaria SME 5.152/07.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo concordou com a Subsecretaria de Fiscalização e Controle e opinou pela irregularidade do Convênio,

---

[6] **Art. 116.** Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. **§ 1º** - A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: (...) **II -** metas a serem atingidas.

[7] **Art. 6º** Entende-se por autorização de funcionamento o ato pelo qual o órgão competente permite o funcionamento da instituição de educação infantil.

[8] **Art. 8º** A distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, na forma do Anexo desta Lei. (...) **§ 2º** - As instituições a que se refere o § 1º deste artigo deverão obrigatória e cumulativamente: **II -** comprovar finalidade não lucrativa e aplicar seus excedentes financeiros em educação na etapa ou modalidade previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo; (...) **V -** ter certificado do Conselho Nacional de Assistência Social ou órgão equivalente, na forma do regulamento.

[9] **Art. 26.** (...) **Parágrafo único.** O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: (...) **III -** justificativa do preço.

[10] **Art. 195.** (...) "**§ 3º** - A pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios".

[11] **Art. 1º** (...) **§ 1º** - A comprovação da quitação com o FGTS dar-se-á mediante apresentação de certidão negativa de débito expedida pela Caixa Econômica Federal.

com exceção da infringência apontada no item 6 (inexistência de estudo sobre o custo da educação infantil), por entender que os valores estão previamente definidos nas Portarias 3.967/08, 664 e 1339 ambas de 2010, de modo que o questionamento deveria atacar os atos administrativos e não o Convênio.

Oficiada, a Secretaria Municipal de Educação encaminhou esclarecimentos prestados pela Delegacia Regional de Educação de Guaianases em que se argumenta ser este setor descentralizado e subordinado às determinações da Pasta e que, em sua ação fiscalizadora, não observou qualquer ação que negligenciasse o atendimento às crianças.

De sua parte, a Secretaria Municipal de Educação informou que tomou providência para se adequar aos novos textos legais e refutou os questionamentos da Auditoria, apontando em especial que a fundamentação e as motivações para a adoção da modalidade Convênio decorrem da própria legislação municipal que disciplina a colaboração do Poder Público com entidades da sociedade civil para o atendimento do comando do artigo 208, inciso IV[12], da Constituição Federal e que o Chamamento Público é facultativo, sendo que o artigo 8º do Decreto Municipal 49.539/08 não o exige. Além disso, defendeu não haver ferimento à isonomia porque na celebração de um Convênio com uma entidade, outras semelhantes não ficam excluídas de também realizarem o Ajuste. Debateu, ainda, a inexigência da Certidão Negativa de Débito – CND e de Regularidade com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle manteve seu posicionamento pela irregularidade do Ajuste, modificando tão somente os fundamentos, e não a conclusão, do item referente ao Plano de Trabalho.

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo também não se convenceu das explicações trazidas pela Diretoria e pela Secretaria, ratificando seu pronunciamento anterior.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em sua manifestação primeira, requereu a realização de novas diligências, com a intimação de Alexandre Schneider e da Secretaria com o encaminhamento de quesitos, o que foi por mim deferido.

Valendo-se dessa oportunidade, a Diretoria Regional de Educação destacou a necessidade da celebração do Convênio para a região atendida, informando que a Conveniada preencheu os requisitos presentes, à época, na Portaria 3.969/09-SME. Asseverou não ter ocorrido favorecimento na escolha da Conveniada e aduziu que os preços eram pagos considerando o valor "per capita" estabelecido na Portaria vigente, estando de acordo com os princípios da moralidade, vantajosidade e economicidade, não havendo pendências entre as partes. Ratificou, ademais, seu pronunciamento anterior. Por seu turno, o Diretor da Unidade discorreu sobre a formação continuada do Professor, aduzindo que ela não

[12] **Art. 208.** "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

se restringe aos cursos oferecidos após a graduação ou o ingresso no magistério, alargando-se por ações que complementam a prática profissional, como horas de trabalho coletivo na escola, reuniões pedagógicas, congressos, seminários etc. Acrescentou que a escola é espaço ideal para a formação continuada, em razão do contato direto com a realidade e com outros professores, o que melhora a formação dos educadores. Por fim, destacou que havia em seus âmbitos profissionais que ainda cursavam Pedagogia com formação oferecida em nível médio (Magistério), noticiando, porém, a realização de concurso público para provimento de cargos vagos de Professor de Educação Infantil-Classe dos Docentes da Carreira do Magistério Municipal, publicado no Diário Oficial de 28 de novembro de 2009.

Ainda uma vez, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Assessoria Jurídica de Controle Externo reafirmaram seus posicionamentos pela irregularidade.

Em continuidade, a Procuradoria da Fazenda Municipal, baseando-se nos argumentos de defesa, requereu o acolhimento do Convênio ou, subsidiariamente, diante da inexistência de comprovação de prejuízo ou dano ao Erário e da ausência de dolo, culpa ou má-fé por parte dos responsáveis, o reconhecimento de seus efeitos financeiros, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

O Sr. Secretário Municipal à época, intimado por meio de seu advogado, apesar da dilação de prazo deferida, deixou transcorrer "in albis" o prazo para manifestação. (fl. 442)

Na sequência, a Ação Comunitária Tiradentes, devidamente intimada e com sua representação comprovada, defendeu-se argumentando que o Convênio se justifica diante da grande demanda de cidadãos por creches. Sustentou que a Portaria 3.969/09 não prevê a obrigatoriedade de Chamamento Público, embora entenda que ele ocorreu, ainda que de forma tácita. Arguiu possuir profissionais habilitados, ainda que alguns tenham deixado o quadro de pessoal para buscar novos empregos. Em razão de tal situação, defendeu que a Conveniada fez o seu melhor, que foi contratar profissionais cursando Pedagogia para suprir as lacunas. Asseverou que as metas se confundem com a motivação e a forma de apuração e que o atendimento daquelas está relacionado ao caráter, motivação, realização ou facilidade de aprendizado, critério este subjetivo e que não poderia servir de parâmetro para a manutenção ou extinção do Convênio. Questionou o fato de a contrapartida passada à Convenente limitar-se ao valor "per capita" da criança porque entende que durante a execução do Convênio há despesas extras - como gastos alimentares -, que encarecem o Ajuste, embora argumente que tais despesas, quando necessárias, são avalizadas pela Administração. Aduziu que os relatórios do projeto pedagógico, apesar de genéricos, foram preenchidos e exprimem a realidade. Asseverou que a capacitação profissional fica prejudicada pela rotatividade do profissional. Arguiu que todos os documentos, inclusive os relativos à regularidade fiscal, foram apresentados para lavratura do Convênio e que os custos por criança e faixa etária foram elaborados dentro de critérios objetivos da Administração. Finalizou argumentando que não há

qualquer conclusão sobre desvio de finalidade ou de verba, má gestão ou falta de ética, dano ao Erário ou conduta inapropriada grave, pugnando, então, pela manutenção e regularidade do Convênio.

Os Órgãos Técnicos mantiveram seus posicionamentos pela irregularidade do Ajuste, sendo certo que a Secretaria-Geral entendeu que o Convênio deve ser precedido de Chamamento Público para habilitação e seleção. Quanto às demais infringências, subscreveu a conclusão da Subsecretaria de Fiscalização e Controle.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por seu turno, reiterou sua orientação pela regularidade do Termo.

Ressalte-se, por fim, que em diversas ocasiões o Ministério Público do Estado de São Paulo requereu informações a respeito do andamento do feito.

Volto-me, agora, ao TC 1.263/2011 (Item II), no qual a Subsecretaria de Fiscalização e Controle opinou pela irregularidade do Convênio 213/SME/2010-RI pelos motivos apontados no Item anterior, com exceção do expresso como apontamento 9 (conta bancária já fornecida para outro Convênio), a eles acrescentando os seguintes:

1) Não exigência de comprovação da regularidade com a Seguridade Social à época da Lavratura do Instrumento, em afronta ao inciso II[13] do artigo 40 do Decreto 44.279/03;

2) Falta de análise prévia por parte da Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão quanto aos aspectos orçamentários e à adequação às diretrizes do planejamento municipal, em infringência ao artigo 1º[14] do Decreto 51.501/10;

3) Intempestividade na emissão das Notas de Empenho do exercício de 2010, em afronta ao artigo 61[15] da Lei Federal 4.320/64 e ao Decreto 23.639/87;

4) Publicação intempestiva do Convênio, contrariando o artigo 26[16] da Lei Municipal 13.278/02.

---

[13] **Art. 40.** Na celebração de contratos por dispensa ou inexigibilidade de licitação, exigir-se-ão do contratado, apenas, os documentos que comprovem: (...) **II -** regularidade perante a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

[14] **Art. 1º** A celebração, a alteração e a prorrogação de convênios de qualquer natureza, que envolvam a transferência ou o recebimento de recursos financeiros, serão previamente analisadas pela Secretaria Municipal de Planejamento, quanto aos aspectos orçamentários e à adequação às diretrizes do planejamento municipal.

[15] **Art. 61.** Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

[16] **Art. 26**. O termo de contrato e seus aditamentos deverão ser publicados, na íntegra ou em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20 (vinte) dias contados da sua assinatura.

No que tange especificamente a essas irregularidades, a Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou obrigatória a apresentação da Certidão do INSS e o fez citando o dispositivo constitucional do § 3º[17] do artigo 195 e decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Decisão 705/1994 – Plenário). Entendeu, assim, quanto a este tópico, que a regra não aceita relevação. Quanto à prévia análise do Termo de Convênio pela Secretaria Municipal de Planejamento, concordou com a Subsecretaria de Fiscalização e Controle porque o Decreto que a obrigava foi publicado antes de o Ajuste ser autorizado, tornando indispensável o seu cumprimento. Argumentou não ter havido o prévio empenho das despesas maculando o Convênio. Relevou a publicação extemporânea do Ajuste porque entendeu que o objetivo da lei foi observado, ainda que tardiamente. Opinou pela irregularidade do Convênio.

Na devida instrução, a Diretoria Regional de Educação manifestou-se nos mesmos moldes do já relatado no tocante ao TC 1.221/2011 (Item I) sem acréscimos, não merecendo, pois, repetição.

A Secretaria Municipal de Educação, por seu turno, também desenvolveu argumentação assemelhada, acrescentando, em relação à comprovação da regularidade com a Seguridade Social, a informação da existência de parecer da sua Assessoria Jurídica, sobre a exigência de tais Certidões das Instituições Conveniadas, que muitas vezes não as possuem no ato da celebração dos Ajustes. O documento que fez juntar foi acolhido em parte pela Procuradoria do Município e avalizado pelo Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos.

Nesse sentido, este último fixou Orientação concordando que o § 3º do artigo 195 da Constituição Federal não se aplica aos Convênios, que têm natureza diversa dos Contratos, de modo a não ser exigível que as Conveniadas apresentem as Certidões de Regularidade da Seguridade Social e do FGTS, porém, discordando que o mesmo entendimento possa ser conferido àquele que possuir inscrição no CADIN Municipal porque o artigo 3º da Lei Municipal 14.094/05 veda expressamente a celebração de Convênios nestas situações.

Quanto à ausência de análise prévia pela Secretaria de Planejamento, defendeu a relevação pois o Decreto 51.501/10 começou a produzir efeitos depois de a Assessoria Jurídica da Pasta ter se manifestado no processo. Além disso, informou que à época venciam cerca de seiscentos Convênios, de modo que o lapso poderia ser relevado.

Contestou que as Notas de Empenho fossem intempestivas, eis que a autorização emanada por autoridade competente, que atestou existirem recursos a suportar as despesas e emitir o Extrato de Reserva,

[17] **Art. 195.** A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...). **§ 3º** - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

antecedera à própria emissão das Notas. Concordou com a Assessoria Jurídica desta Casa de que a publicação extemporânea poderia ser relevada.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle não se convenceu dos argumentos da Diretoria e da Secretaria e manteve seu posicionamento pela irregularidade do Ajuste, modificando tão somente os fundamentos dos itens referentes ao Plano de Trabalho e à intempestividade da Nota de Empenho, mantendo, quanto a estas, a irregularidade.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em sua primeira intervenção, formulou quesitos endereçados a Alexandre Alves Schneider e à Secretaria, cujo encaminhamento foi por mim deferido.

A Secretaria reproduziu os termos da manifestação encartada no TC 1.221/2011 (item I), acrescentando quanto à Certidão de Regularidade com a Seguridade Social que há parecer da sua Assessoria Jurídica. Informou que o Decreto 51.501/10, que exigia a prévia análise da Secretaria de Planejamento, foi revogado pelo Decreto 53.800/13. Reiterou os argumentos quanto à intempestividade na emissão das Notas de Empenho e acrescentou que a execução orçamentária em cotas financeiras teve sua legalidade confirmada pela Ementa 11.492 da Procuradoria Geral do Município.

Por sua vez, Alexandre Alves Schneider, Secretário à época, reiterou as respostas encaminhadas pela Secretaria e no tocante às matérias discutidas nesta oportunidade, destacou que a aprovação técnico-pedagógica do Plano de Trabalho sempre foi condição necessária para a autorização da celebração do Convênio, a exemplo das Certidões de Regularidade Fiscal e que o Decreto 51.501/10 encontrava-se revogado.

A Conveniada, Ação Comunidade Tiradentes reproduziu a defesa ofertada nos autos do TC 1.221/2011 (Item I) e pugnou pelo acolhimento do Instrumento.

A partir deste momento processual, todas as manifestações seguintes fundamentaram-se nos mesmos argumentos já relatados no Item anterior, pelo que me permito não os reproduzir, apenas ressaltando que as Áreas Técnicas concluem pela irregularidade do Convênio.

Por derradeiro, enfrento o TC 1.268/2011 (Item III), para apontar que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle encontrou as mesmas irregularidades tratadas no Item I, acrescidas da intempestividade na emissão das Notas de Empenho do exercício de 2010 (também apontada no Item II) e da insuficiência de recursos orçamentários empenhados para o mesmo exercício, em afronta ao artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 e ao Decreto 23.639/87.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade do Convênio 005/SME/2010-RI e, além dos argumentos já expostos no Item II da pauta e, no tocante à intempestividade da Nota de Empenho asseverou

que este deve ser prévio, sob pena de inviabilizar-se a contratação. Também aduziu ser necessária a demonstração da efetiva disponibilização financeira das despesas, razão pela qual o não empenhamento da totalidade dos recursos para o exercício financeiro de 2010 foi incorreto e contrariou as disposições legais.

Chamadas ao processo, a Diretoria Regional de Educação e a Secretaria manifestaram-se no que se refere à intempestividade da Nota de Empenho, usando os mesmos argumentos fornecidos no TC 1.263/2011 (Item II), razão pela qual não os reproduzirei.

Provocada a manifestar-se, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle manteve seu posicionamento, apenas alterando a fundamentação das irregularidades relativas ao Plano de Trabalho e à intempestividade da emissão das Notas de Empenho do exercício de 2010 e à insuficiência de recursos para o mesmo exercício, para excluir a infringência ao Decreto 23.639/87.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manteve seu entendimento pela irregularidade do Convênio.

Neste TC, a Procuradoria da Fazenda Municipal, ao invés de previamente formular quesitos, como nos outros processos em julgamento, preferiu defender a pactuação do Convênio, debruçando-se sobre as irregularidades apontadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle pontualmente. No tocante à Nota de Empenho, apenas reproduziu os argumentos da Secretaria e, fiando-se nas informações recebidas da Administração, bem como por não ter havido prejuízo ao Erário, pela irregularidade ser formal em seu entendimento e não ser cabível o Chamamento Público, opinou pela regularidade do Termo.

Da mesma forma como no TC 1.221/2011 (Item I), o Secretário Municipal, à época, foi intimado por meio de seu advogado, mas deixou transcorrer "in albis" o prazo para manifestação.

Todas as manifestações seguintes, quais sejam, da Conveniada, da Secretaria, dos Órgãos Técnicos desta Corte, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria-Geral fundamentaram-se nos argumentos já traçados nos relatos anteriores. Todos, à exceção da Conveniada e do Órgão Fazendário, opinaram pela irregularidade do Convênio.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

A matéria não é nova e já foi por mim enfrentada em outros TCs como os de nºs 2.989/2011, 2.514/2010, 1.623/2011 e 2.824/2011, pelo que me permito utilizar das razões neles expostas.

De plano, acolho as conclusões da Assessoria Jurídica de Controle Externo relativas:

a) ao estudo sobre o custo da educação infantil (apontamento 6 do Item I) no sentido de que as Portarias 3.967/08, 664 e 4.339 ambos de 2010 fixam os valores "per capita" e adicional berçário para as Creches e Centros de Educação Infantil da Rede Conveniada da Cidade de São Paulo, promovendo os devidos reajustes;

b) à publicação extemporânea do Ajuste (apontamento 4 do Item II) posto que, ainda que intempestiva, ela cumpriu sua finalidade.

Das irregularidades remanescentes, a ausência de justificativa para a celebração de Convênio (apontamento 1 do Item I) e a não realização de Chamamento Público para a escolha da Conveniada (apontamento 2 do mesmo Item) foram por mim enfrentados nos autos dos TCs mencionados no intróito deste voto, que cuidam de matéria semelhante à ora analisada.

Nesse sentido, o Ministério da Educação – MEC aponta a necessidade de serem firmados Convênios entre o Poder Público e as instituições educacionais sem fins lucrativos como uma forma de assegurar o atendimento a um número maior de crianças. Tal entendimento foi formalizado nas "Orientações sobre convênios entre secretarias municipais de educação e instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos para a oferta da educação infantil", publicadas no site oficial[18] em 2009, que traz, também, sugestões e modelos de Plano de Trabalho, minuta de Termo de Convênio, entre outros.

No concernente ao Chamamento Público, como já decidi em processos assemelhados, considero que como não há legislação municipal obrigando a realização na área da Educação, sua ausência não pode ser configuradora de irregularidade.

Diante dessas razões, entendo justificada a adoção da modalidade Convênio nos casos examinados, bem como adequados o Plano de Trabalho e o Projeto Pedagógico apresentados (apontamento 3 do Item I). Quanto a estes, aliás, considero que as falhas apontadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle não são aptas a ensejar a irregularidade dos Convênios.

Em relação às providências para a concessão de autorização de funcionamento (apontamento 4 do Item I), há nos autos Termo de Compromisso firmado pela Presidente da Conveniada comprometendo-se a solicitá-la junto à Coordenadoria de Educação correspondente, bem como comprovante de tal pedido emitido pela Diretoria Regional de Educação de Guaianases. Consta, ainda, "Laudo Técnico de Habilitação e Segurança" expedido por Engenheira habilitada, atestando que o imóvel encontra-se em "condição total de funcionamento

[18] Para maiores informações, conferir em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&id=12579:educacao-infantil&Itemid=859

quanto à habitabilidade e segurança". Tais documentos, todos providenciados em data anterior à lavratura do Convênio, permitem considerar adequada a providência.

No que se refere à ausência de comprovação de aplicação do excedente financeiro em educação (apontamento 5 do Item I), consoante me pronunciei no TC 2.989/2011, não constam elementos nos autos que atestem ter havido prejuízo decorrente de "renúncia de receita" do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, em razão do alegado descumprimento. Assim, não me parece razoável decretar-se a irregularidade do Convênio, de forma pontual, com fulcro na Lei Federal regulamentadora do FUNDEB, levando em conta que não restou constatado se a Entidade realmente faz ou não tal comprovação.

Já em relação à não apresentação de Certificado do Conselho Nacional de Assistência Social ou órgão equivalente (apontamento 5, "in fine" do Item I) a ausência, apesar de infringir o inciso V[19] do § 2º do artigo 8º da Lei Federal 11.494/07, não é apta para, sozinha, macular o Convênio ajustado, pois, como asseverou a Secretaria, não se preteriu entidade que possuía o certificado ao acertar o Convênio com a que não o detinha.

Quanto a não exigência de Certidão Negativa de Débito e do Certificado de Regularidade do FGTS (apontamento 7 do Item I) e à ausência de comprovação da regularidade com a Seguridade Social (apontamento 1 do Item II), acolho os argumentos da Secretaria desenvolvidos no TC 1.263/2011, segundo os quais, seguindo orientação baixada pela Procuradoria Geral do Município e avalizada pelo Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos, as entidades Conveniadas não estariam obrigadas a apresentar tais Certidões, não configurando, então, tais ausências, ferimento à disposição constitucional do § 3º do artigo 195 porque tal norma é direcionada aos Contratos e não aos Convênios, que têm natureza jurídica diversa. Entendo, assim, quanto a este tópico, não ser possível imputar irregularidade a procedimento tomado pela Secretaria com base em orientação fixada no âmbito da citada Procuradoria.

De outra parte, a não apresentação de extratos bancários de conta corrente única e específica (apontamento 8 do Item I), consoante já decidi no TC 2.824/2011, poderia ter implicações na execução do Convênio, que não é objeto dos autos em julgamento, sendo certo que, mesmo assim, tal infringência não é apta para macular os Ajustes de irregularidade.

Já no tocante à conta bancária (apontamento 9 do Item I), razão assiste à Secretaria. É que o sistema de execução orçamentária SOF e o antigo sistema NOVOSEO não permitem o cadastramento de mais de uma conta

[19] **Art. 8º** "A distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, na forma do Anexo desta Lei. **§ 2º** - As instituições a que se refere o § 1º deste artigo deverão obrigatória e cumulativamente: (...) **V -** ter certificado do Conselho Nacional de Assistência Social ou órgão equivalente, na forma do regulamento".

bancária para o mesmo CNPJ, motivo pelo qual não se pode imputar falha à Secretaria.

De igual modo, a falta de análise prévia pela Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão (apontamento 2 do Item II) também já foi por mim analisada nos TCs 2.824/2011 e 2.989/2011. Neles decidi que a falha merece ser relevada porque o Decreto 51.501/10 que exigia referida análise foi revogado pelo Decreto 53.800/13, conforme resultado de pesquisa realizada por meu Gabinete. Além disso, acolho os argumentos da Pasta de que houve um lapso no não encaminhamento à Secretaria de Planejamento porque a finalidade do Convênio foi atingida, atendendo-se, de forma gratuita e universal, crianças por meio do Centro de Educação Infantil/Creche.

Por outro lado, quanto à intempestividade na emissão das Notas de Empenho do exercício de 2010 (apontamento 3 do Item II repetida, no Item III), não é possível acolher os argumentos da Pasta no TC 1.263/2011 (item II), eis que a Reserva e a Emissão da Nota de Empenho, no valor de R$267.122,63 (duzentos e sessenta e sete mil, cento e vinte e dois reais e sessenta e três centavos) foram realizadas aos 06 de julho de 2010 (fls. 151 e 154), sendo que a primeira providência que há nos autos sobre a matéria concerne a documento encaminhado por Assistente Técnico de Educação I, datado de 05 de julho, enquanto o Convênio foi assinado aos 29 de junho do mesmo ano. Vale dizer, o Termo foi lavrado antes da autorização da autoridade competente. Entretanto, levando em consideração a finalidade primeira do Convênio, que é a de atender o maior número de crianças em creche e, considerando que a Nota de Empenho foi emitida apenas sete dias depois de assinado o Convênio, relevo, excepcionalmente, a irregularidade.

O mesmo não se pode dizer do ocorrido no TC 1.268/2011 (Item III) porque nele a autorização da Nota de Empenho foi assinada em 15 de outubro de 2009 (fl. 117), em data, pois, anterior à assinatura do Convênio, que se deu em 15 de janeiro de 2010 (fl. 161). Nesta hipótese, portanto, é possível acolher os argumentos da Pasta de que a autorização e a Reserva do Empenho antecederam à formalização do Instrumento, embora a Nota de Empenho tenha sido lavrada extemporaneamente.

Já com relação à insuficiência de recursos orçamentários empenhados para o exercício de 2010, apontada no Item III, firmei entendimento no TC 789/2012 de que a publicação da Ementa 11.492, da Procuradoria Geral do Município - que reconhece a legalidade do artigo 3º do Decreto 51.194/10, que estabeleceu cotas orçamentárias trimestrais para as atividades da Administração Direta e Indireta -, não permite outra conduta do agente público a não ser o seu cumprimento. Por esta razão, não há que se falar em insuficiência de recursos orçamentários.

Ante todo o exposto, acolho os Convênios 253/SME/2009-RP, 213/SME/2010-RI e 005/SME/2010-RI firmados com a Ação Comunitária

Tiradentes para o atendimento de crianças por meio de Centro de Educação Infantil/Creche.

Oficie-se ao DD. Ministério Público do Estado de São Paulo dando ciência das decisões proferidas nestes autos, procedendo-se, na sequência, ao arquivamento dos autos.

É como voto. (2.868ª S.O.)