EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-001.623.11-26

ANÁLISE. CONVÊNIO. TERMO ADITIVO. SME. Atendimento às crianças por meio do Centro de Educação Infantil. Creche. Relevadas NE's extemporâneas, não apresentação de alvará de funcionamento, de comprovação de aplicação de excedente financeiro e de apresentação de extratos bancários de conta corrente única e específica. Ausência de análise prévia de SF. Precedente. ACOLHIDOS. Votação unânime.

TC citado 72.002.514/10-45

Legislação citada: Art. 25, caput e art. 61, Lei 8.666/93. Lei Mun. 13.326/02. Decs. Mun. 40.384/01, 49.539/08, 53.800/13.

2.819ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

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

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 30/SME/2010-RI e o Termo Aditivo 709/2010-RI, relevando as falhas constatadas.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de julho de 2015.

EDSON SIMÕES
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se da análise do Convênio nº 030/SME/2010 - RI, pactuado entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e a Cruzada Pró-Infância, objetivando o atendimento a crianças por meio do Centro de Educação Infantil – CEI/Creche Maria de Lourdes Ferrarini, no valor de R$ 1.050.510,05 (um milhão, cinquenta mil, quinhentos e dez reais e cinco centavos), e do Termo de Aditamento nº 709/2010-RI, que alterou a faixa etária, ampliou a capacidade de atendimento e representou um acréscimo no valor de R$ 88.178,70 (oitenta e oito mil, cento e setenta e oito reais e setenta centavos), correspondente a 9% (nove inteiros por cento) do valor inicial.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle em sua análise apontou várias irregularidades, das quais destaco, pela relevância, as seguintes:

A) No Convênio nº 030/SME/2010 – RI:

1. Falta de justificativa para adoção do modelo de parceria, infringindo o "caput" do artigo 116, da Lei nº 8.666/1993[1], em cotejo com o inciso I, do artigo 2º, do Decreto nº 44.279/2003[2];

2. Ausência de chamamento público com indicação de critérios objetivos para escolha da entidade conveniada, implicando infringência ao princípio da isonomia e aos artigos 5º e 6º do Decreto Municipal nº 40.384/2001[3];

---

[1] **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.

[2] **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;

[3] **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.
Art. 6º - As parcerias serão formalizadas por termo, em consonância com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade administrativa.

3. Ausência de estudo sobre o custo da educação infantil, em afronta ao inciso III, do parágrafo único, do artigo 26[4], c/c o artigo 116 da Lei Federal nº 8.666/93;

4. Insuficiência de recursos orçamentários para cobertura da despesa do exercício e intempestividade na emissão da Nota de Empenho, descumprindo o artigo 61 da Lei nº 4.320/64;

5. Desconformidade do Plano de Trabalho com as regras estatuídas no § 1º, do artigo 116, da Lei Federal nº 8.666/1993[5];

6. Falta de apresentação do Alvará de Funcionamento e do Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, restando desatendidos os artigos 6º[6] e 7º[7] da Deliberação CME[8] nº 04/2009;

7. Não comprovação pela Entidade de aplicação de excedente financeiro na educação, em ofensa ao inciso II[9] do § 2º, do artigo 8º da Lei Federal nº 11.494/2007;

8. Descumprimento dos artigos 195, § 3º, da Constituição Federal[10], 1º da Lei Municipal nº 11.184/1992[11] e 1º, § 1º, da Lei

---

4 **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

5 **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:
I - identificação do objeto a ser executado;
II - metas a serem atingidas;
III - etapas ou fases de execução;
IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;
V - cronograma de desembolso;
VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;
VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

6 Art. 6º- Entende-se por autorização de funcionamento o ato pelo qual o órgão competente permite o funcionamento da unidade educacional de educação infantil.
Parágrafo único - Compete à Secretaria Municipal de Educação decidir sobre os pedidos de autorização de funcionamento referidos neste artigo.

7 Art. 7º- Os pedidos de autorização de funcionamento serão encaminhados ao órgão competente, pelo menos 120 dias antes do prazo previsto para início das atividades, devendo conter:

Federal nº 9.012/1995[12], pela não exigência de apresentação da Certidão Negativa de Débito - CND e Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, na prestação de contas da conveniada;

9. Não exigência de conta corrente única e específica, nos termos da Instrução Normativa nº 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional - STN.

B) No Termo de Aditamento nº 709/2010-RI:

1. Insuficiência de recursos orçamentários para cobertura da despesa do exercício de 2011, descumprindo o artigo 61 da Lei nº 4.320/64;

2.

(...)
IX - auto de vistoria do Corpo de Bombeiros, atestando que o prédio possui as medidas de segurança contra incêndio, previstas na legislação vigente;
XIV- plano de capacitação permanente dos recursos humanos;

[8] CME – Conselho Municipal de Educação

[9] 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;

[10] **§ 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.

[11] **Art. 1º** A pessoa jurídica em débito com o Sistema de Seguridade Social não poderá contratar com o Poder Público Municipal nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

[12] Art. 1º - É vedado às instituições oficiais de crédito conceder empréstimos, financiamentos, dispensa de juros, multa e correção monetária ou qualquer outro benefício a pessoas jurídicas em débito com as contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS.
§ 1º - A comprovação da quitação com o FGTS dar-se-á mediante apresentação de certidão negativa de débito expedida pela Caixa Econômica Federal.

3. Existência de falha no Adendo ao Plano de Trabalho, infringindo o item 12.3 da Cláusula Décima Segunda do Convênio;

4. Falta de análise prévia por parte da Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão, desatendendo ao Decreto nº 51.501/2010.

Provocada a se pronunciar, a Secretaria Municipal de Educação apresentou defesa acompanhada dos pareceres de sua área técnica e jurídica, nos quais analisa e refuta os questionamentos da Auditoria. Das respostas, destaco, pelo seu âmbito preliminar, os argumentos quanto à escolha da figura jurídica de Convênio, que resulta da própria legislação municipal ao disciplinar a colaboração do Poder Público com entes da sociedade civil, no atendimento da garantia constitucional à educação infantil em creches e pré-escolas assegurada às crianças até 5 (cinco) anos, e que a falta de Chamamento Público não implica irregularidade, pois todas as entidades interessadas - desde que atendam aos requisitos objetivos – podem celebrar Convênios.

Ao examinar tais manifestações, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou suas conclusões precedentes, superando, porém, a falta do Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, tendo em vista as providências adotadas pela Pasta, com a expedição do documento referido.

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade do Convênio e do Aditivo, acompanhando na íntegra as conclusões da Auditoria, inclusive quanto ao aspecto superado por aquele Órgão, sendo seguida no mesmo sentido pela Secretaria Geral.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reportou-se aos elementos trazidos pelas defesas da Secretaria, opinando pela acolhida do Convênio, com relevação das impropriedades por seu cunho formal, e, alternativamente, pela aceitação de seus efeitos patrimoniais e financeiros, ante a ausência de má-fé e de danos ao Erário.

É o relatório.

VOTO

Desde já, ficando superada a questão assim entendida pelas áreas técnicas desta Casa, no concernente à falta de vistoria do Corpo de Bombeiros, diante das providências adotadas pela Secretaria, concentro-me nas irregularidades remanescentes, destacando-se a falta de justificativa para a adoção do modelo Convênio e a não realização de Chamamento Público para a assinatura do Termo.

Esses temas foram por mim enfrentados nos autos do TC nº 72.002.514/10-45, que cuida de situação semelhante à ora analisada, ocasião em que considerei superada a falta de justificativa para a escolha de modalidade referida, precipuamente, pelo fato de que ***"Convênios para Operação e Manutenção de CEIs e Creches"*** é atividade prevista no orçamento da Secretaria como parte do "Programa Educação Infantil - Função Educação", e desse modo, cumpre aos agentes públicos executar a atividade conforme aprovada em Lei Orçamentária, não se tratando de ato discricionário, nesse momento, a escolha do modelo de parceria.

Ademais, na trajetória histórica da Educação Infantil no país se observa que o Governo Federal formulou e estimulou a política de conveniamento com instituições privadas sem fins lucrativos, comunitárias, filantrópicas e confessionais, no que diz respeito ao atendimento às crianças de zero a três anos. Nesse aspecto, a Lei nº 13.326/2002, que integrou as creches ao Sistema Municipal de Ensino, bem como as normas subsequentes[13], Decreto regulamentador e Portarias da SME sobre o tema, consideraram como parte desse Sistema tanto as unidades geridas diretamente pela Prefeitura, bem como aquelas geridas por convênios, alinhando-se às orientações do Ministério da Educação, o que dispensa, a meu ver, a necessidade de maiores justificativas para a escolha do instituto.

No que toca à necessidade de realização prévia de Chamamento Público[14], a legislação municipal na área de educação não previu tal obrigatoriedade, em que pese haver orientação[15] do Tribunal de Contas da União para a sua realização. Cabe aqui esclarecer que o Decreto n.º 40.384/2001[16], norma considerada ofendida na visão da Auditoria, dispõe sobre o estabelecimento de parcerias em geral incluindo, patrocínio, co-patrocínio, convênios, colaboração e apoio, enquanto o Decreto nº 49.539/2008 é norma específica sobre Convênios, editada posteriormente, que excluiu a área de educação de sua aplicabilidade e remeteu a matéria à regulamentação própria.

---

[13] Decretos nºs 42.248/2002, 40.268/2001, 44.272/2004; Portarias SME nºs 3.795/2005, 4.023/2005, 5.152/2007, 3.969/2009 e 3.447/2011.

[14] Procedimento criado pela Portaria Interministerial nº 127/08 que estabeleceu normas para execução do Decreto Federal nº 6.170/07.

[15] *Acórdão nº 1.331-27/08-P: "9.3. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que oriente os órgãos e entidades da Administração Pública para que* ***editem normativos próprios visando estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios*** *com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações em que se apresentar viável e adequado à natureza dos programas a serem descentralizados;*"(grifei)

[16] 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.

É de se salientar, ademais, que as Portarias nºs 690/11-SME e 3.477/11–SME delineiam a adoção pela Secretaria de Educação do *Sistema de Credenciamento*, em que todos os interessados podem ser contratados, desde que atendam aos requisitos pré-estabelecidos. Nessa senda, ainda que inexista no ordenamento jurídico pátrio lei específica sobre o sistema, referida prática é usual e perfeitamente aceita pela jurisprudência, pela orientação dos Tribunais de Contas e pela doutrina, como mecanismo para se efetivar uma contratação por inexigibilidade, nos termos do artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Neste contexto, a "inviabilidade de competição" não se dá por haver apenas um fornecedor, mas por inexistir competição, considerando-se que todos os interessados poderão ser contratados. Acrescente-se, ainda, que se encontram previamente definidos em Portarias da Secretaria Municipal de Educação o valor do custo e os critérios e procedimentos para credenciamento das interessadas, às quais são concedidas "Certificados de Credenciamento" desde que atendidos os requisitos preconizados.

Superadas as questões de maior relevância, as irregularidades identificadas nos itens 3, 5 e 8 do Relatório da Subsecretaria de Fiscalização e Controle já foram objeto de análise no TC nº 72.002.514.10-45, no qual me aprofundei na análise e entendi superados tais tópicos, de modo que a eles me reporto, também nesta oportunidade. Saliento, apenas, em relação a não exigência da comprovação da regularidade perante o INSS e o FGTS que não se cogita da não verificação da regularidade da Instituição na assinatura do Ajuste e Aditivos, mas sim da não exigência dos referidos documentos nas prestações de contas mensais.

Das demais irregularidades, no tocante à insuficiência de recursos empenhados, saliento o informado pela Secretaria de que os valores de repasses mensais, embora calculados com base no número de atendimento, sofrem variação em decorrência de faltas injustificadas de alunos ou gasto em desacordo com o estabelecido, que ocasionam cancelamento de valor empenhado. No caso concreto, conforme se verifica no Sistema de Execução Orçamentária da Prefeitura, além do cancelamento informado no Relatório da Auditoria ocorreram vários outros, e ainda assim o total empenhado foi suficiente para a cobertura da efetiva despesa do período, não havendo infringência ao artigo 61 da Lei nº 8.666/93 por tal motivo. A par disso, entendo que a intempestividade na emissão das Notas de Empenho possa ser relevada, conforme já me posicionei em casos pretéritos, eis que, diferentemente de um contrato, o Convênio não envolve pagamento pela contraprestação de serviços e sim repasse de verbas liberadas mensalmente, na medida da execução do Plano de Trabalho, em que as partes somam esforços para alcançar objetivos institucionais em comum.

O *Auto de Licença de Funcionamento (Alvará de Funcionamento)* realmente não foi apresentado, todavia, tratando-se de próprio da Municipalidade, supõe-se que o referido espaço esteja equipado e detenha

condições de segurança necessárias. Demais disso, a legislação em vigor, à época, era omissa a respeito, tendo sido regulamentado posteriormente pela Portaria nº 3.477/2011, excetuando as Unidades da Rede Indireta que prestam serviços em prédios municipais da obrigatoriedade da apresentação daquele documento[17], podendo-se admitir que essa ausência não prejudicou a assinatura do Instrumento.

Quanto à ofensa ao inciso II[18] do § 2º do artigo 8º da Lei Federal nº 11.494/2007 apontada pela não comprovação por parte da Entidade de aplicação de seu excedente financeiro na educação, não constam elementos nos autos que demonstrem, de forma inequívoca, 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. Não parece razoável se decretar 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.

Em relação à inexistência de análise prévia realizada pela Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão, contrariando o Decreto nº 51.501/10, vigente à época da assinatura do Aditamento, de fato, procede o apontamento dos Órgãos Técnicos, entretanto, é de se admitir que com sua revogação pelo Decreto nº 53.800/13, a impropriedade detectada não resulta em vício com o condão de se entender irregular o Termo Aditivo nº 709/2010-RI, considerando sobretudo, que os Ajustes foram firmados em cumprimento ao estipulado em orçamento e em consonância com as diretrizes do planejamento municipal no âmbito da educação infantil, em atendimento aos preceitos constitucionais.

De outra parte, a não apresentação de extratos bancários de conta corrente única e específica poderia ter implicações na execução contratual, que não é objeto da presente. Entretanto, também quanto a ela, entendo que a infringência não é apta a macular o Termo de irregularidade.

Diante de tal quadro, aceitando as justificativas e esclarecimentos carreados aos autos pela Secretaria Municipal de Educação e Instituição Conveniada, bem como, reportando-me aos pareceres da Procuradoria da Fazenda do Município, relevo as falhas apontadas e acolho o Convênio nº 030/SME/2010-RI e o Termo Aditivo nº 709/2010-RI.

---

[17] Dispõe o artigo 41 da Portaria nº 3477/11:
"**Art. 41.** Para a concessão de autorização de funcionamento das instituições referidas no artigo anterior, deverão ser apresentados: **VI –** Auto de Licença de Funcionamento, ou documento equivalente, expedido pelo órgão próprio da PMSP. **§ 3º. Excetuam-se** da apresentação do documento de que trata o inciso VI deste artigo ou o seu protocolo as Unidades da Rede Indireta que prestam serviços em próprios municipais". (grifos nossos)
[18] Vide ref. 8

É como voto.