**TC nº 72-001.729.13-19**

**ANÁLISE. CONVÊNIO. SME. Atendimento às crianças por meio de Centro de Educação Infantil/Creche. Não realização de Chamamento Público. Insuficiência de recursos empenhados. Ausência de estudo sobre custo da educação infantil. Não exigência de apresentação da Certidão Negativa de Débito INSS e FGTS. Precedentes. Falhas relevadas. ACOLHIDO. Votação unânime.**

**TCs citados: 72-002.514.10-45, 72-001.623.11-26, 72-001.221.11-12 e 72-002.989.11-03.**

**Legislação citada: Art. 37, CF/88. Art. 6º, Lei 4.320/64. Art. 116, caput, Lei 8.666/93. Art. 2º, I, Dec. Mun. 44.279/03. Arts. 5º, 6º, Dec. Mun. 40.384/01. Arts. 5º, 6º, Dec. Mun. 49.539/08. Lei 13.019/14. Ports. 690/11-SME e 3.477/11–SME.**

**2.891ª Sessão Ordinária**

**Trânsito em julgado: 03/05/2017**

**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, considerando as justificativas e os esclarecimentos trazidos para os autos pela Secretaria Municipal de Educação e pela instituição conveniada e o parecer da Procuradoria da Fazenda Municipal, em relevar as falhas constatadas, bem como em acolher o Convênio 389/SME/2012-RI.

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, 21 de setembro de 2016.

MAURÍCIO FARIA
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

## RELATÓRIO

Cuida-se da análise do Convênio nº 389/SME/2012 - RI, pactuado entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e a Associação Comunitária e Beneficente Padre José Augusto Machado Moreira, objetivando o atendimento a crianças por meio do Centro de Educação Infantil – CEI/Creche Jardim São Francisco, segundo as diretrizes técnicas fixadas pela primeira e de acordo com o plano de Trabalho aprovado pela Diretoria Regional de Educação – DRE, no valor de R$ 2.706.860,00 (dois milhões, setecentos e seis mil, oitocentos e sessenta reais).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em sua análise, considerou irregular o Convênio pelo que segue:

**1)** Falta de justificativa da Administração para adoção do modelo de parceria, infringindo o artigo 37 da Constituição Federal[1] e o "caput" do artigo 116 da Lei nº 8.666/1993[2], em cotejo com o inciso I do artigo 2º do Decreto nº 44.279/2003[3];

**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[4];

**3)** Ausência de Autorização de Funcionamento da Conveniada pelo respectivo Diretor Regional da Educação, contrariando o disposto no artigo 42, parágrafo único, da Portaria SME nº 3.477/11[5];

---

[1] **Art. 37 -** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência

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

[5] **Art. 42** – Caberá ao Diretor Regional de Educação, decidir sobre o pedido de autorização de funcionamento, publicando no Diário Oficial da Cidade – DOC, portaria de autorização mediante prévia manifestação da Supervisão Escolar que subsidiará a sua decisão.

**4)** Falta de Nota de Empenho com valor suficiente para o exercício de 2013, violando o artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64[6];

**5)** Ausência de estudo sobre o custo da educação infantil, em afronta ao inciso III do parágrafo único do artigo 26[7], c/c o artigo 116, caput, da Lei Federal nº 8.666/93[8];

**6)** Inexistência no Termo de Convênio de previsão de contrapartida por parte da Entidade, contrariando o disposto nos artigos 5º e 6º do Decreto Municipal nº 49.539/08[9];

**7)** O Plano de Trabalho está em desacordo com as normas aplicáveis, por infringência a dispositivos dos seguintes diplomas legais:

**a) Portaria SME nº 3.477/11:**

- artigo 7º, inciso IX: o *"croqui"* e os dados apresentados impossibilitam o cálculo correto da capacidade de atendimento nas salas;
- artigos 16, § 1º, e 15, § 3º: Ausência de comprovação da habilitação dos funcionários relacionados no quadro de recursos humanos;
- artigo 30, inciso II: Ausência de detalhamento no planejamento de cronograma destinado à formação contínua dos educadores;
- artigo 34, inciso V: Capacidade superestimada de atendimento;
- artigo 38, § 1º, alíneas *"j"* e *"k":* Inexistência de instrumentos e critérios objetivos de avaliação que possibilitem o acompanhamento da evolução de cada criança e de indicadores que permitam verificar os resultados alcançados pela instituição.

---

**Parágrafo único –** O disposto no caput deste artigo não deverá exceder o prazo de 60 (sessenta) dias a partir da data do protocolo do requerimento na Diretoria Regional de Educação, conforme parágrafo único do artigo 39 desta Portaria.

[6] **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.

**7 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

[8] **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.

[9] **Art. 5º -** O convênio será proposto pelo interessado às autoridades referidas no artigo 4º, ou ser da própria iniciativa destas autoridades, mediante apresentação de plano de trabalho, cujos requisitos serão definidos pelas Secretarias Municipais de Planejamento e de Finanças.
Parágrafo único. Quando o valor da contrapartida do convenente exceder o montante de recursos municipais, poderá ser dispensada a apresentação de plano de trabalho referente à contrapartida, a critério da autoridade competente para a celebração.
**Art. 6º -** A contrapartida do convenente poderá ser feita por meio de recursos financeiros ou de bens e serviços, desde que economicamente mensuráveis.

**b) Deliberação CME nº 04/2009:** artigos 7º, inciso XIV, e 17, parágrafo único;

**c) Lei Federal nº 8.666/1993**[10]: artigo 116, § 1º, IV: ausência de planilha de custos detalhada do projeto e de metas ou objetivos definidos de forma qualitativa ou quantitativa;

**d) Portaria Interministerial CGU/MF/MP 507/2011**: artigos 1º, parágrafo 2º, e 25, inciso III;

**8)** Falta dos seguintes documentos que deveriam ser exigidos na prestação de contas da Conveniada para ocorrer o repasse mensal:

- Certidão Negativa de Débito - CND e Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS: descumprimento dos artigos 195, § 3º, da Constituição Federal[11], 1º da Lei Municipal nº 11.184/1992[12] e 1º, § 1º, da Lei Federal nº 9.012/1995[13];

- Extratos bancários de conta corrente única e específica para o Convênio, violando o Decreto Federal nº 6.170/07 e a Portaria Interministerial nº 507/11.

Provocados a se pronunciarem, os interessados apresentaram defesas, ignorando alguns pontos questionados pela Auditoria, refutando outros questionamentos.

Primeiramente, manifestou-se a Secretaria Municipal de Educação aduzindo, em síntese, que a escolha da figura do Convênio resulta da legislação municipal que disciplina a colaboração do Poder Público com entidades da Sociedade Civil como forma de ampliar a oferta de vagas em educação infantil. Acresceu que não há previsão legal que exija a realização de prévio Chamamento Público para os Convênios da Educação Infantil, sendo o princípio da isonomia respeitado, já que os requisitos objetivos para a celebração deles estão explicitados nas Portarias pertinentes e no Decreto Municipal nº

---

[10] **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:
IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

[11] **§ 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.

[12] **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.

[13] **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.

49.539/2008, norma específica para tais instrumentos no âmbito da Administração Pública Municipal, sendo neste último o chamamento facultativo. Ponderou que não há que se falar em preço ou remuneração, por tratar-se de Convênio, em que os valores repassados são reajustados e fixados nas possibilidades do orçamento da Administração, sendo que as obrigações da Conveniada, como contrapartidas, nem sempre se apresentam mensuráveis financeiramente. Informou que a ausência de planilha de custos detalhada do projeto foi mero lapso formal, pois, como os benefícios integram o salário é possível inferir pelos comprovantes de pagamento apresentados que a entidade inclui os benefícios e que foi apresentada à DRE a comprovação da habilitação dos funcionários.

No que respeita à indicação das metas e objetivos a serem atingidos, sustentou que a Auditoria baseia-se em Instrução específica da Administração Pública Federal, que não se aplica no âmbito Municipal, acrescentando que das Portarias da SME que disciplinam a celebração de Convênios não há exigência de apresentação de certidões negativas de débitos ou do certificado de regularidade do FGTS, tudo em decorrência de parecer ementado da Procuradoria Geral do Município, a caracterizar tal exigência como enriquecimento sem causa da Administração. Finalizou acrescendo que a Portaria regulamentadora exige conta bancária específica para o Convênio com a Secretaria visando facilitar o controle dos recursos públicos repassados, contudo, isto não é possível porque o antigo sistema de contabilidade e controle de pagamentos permite apenas uma conta corrente por CNPJ e a ausência de exigência da apresentação do extrato bancário não importa reconhecer a falta de controle dos gastos.

De sua parte, a Sra. Hatsue Ito, Diretora Regional de Educação-SM, à época, apresentou defesa com conteúdo similar ao da SME (Setor de Convênios), aduzindo, porém, que a última Portaria publicada prorrogou o prazo para a concessão de autorização de funcionamento das entidades até 31.07.2015 e que foi encartada no PA declaração de capacidade máxima, com as medidas das salas de atendimento e definição do número de crianças por sala, seguindo os critérios definidos por Portaria da SME, além de parecer da área técnica da DRE constatando atendimento adequado e proporcional à estrutura física do prédio. Pontuou que o Plano de Trabalho traça linhas gerais para a execução do Convênio e os pormenores são tratados em documentos à parte, não havendo obrigatoriedade de anexação ao PA. Esclareceu que o Plano de Capacitação Permanente dos Recursos Humanos é um documento entregue para compor a análise do pedido de autorização de funcionamento em expediente separado do processo de conveniamento.

Também a Conveniada ofereceu argumentos semelhantes aos outros apresentados, neles incluindo que deu continuidade ao Convênio, mantendo os vínculos já estabelecidos e que apesar da falta de Nota de Empenho, as verbas foram repassadas sem atraso ou prejuízo aos trabalhos. Quanto à ausência de estudo da educação infantil, ponderou que o valor mensal do repasse é obtido por meio de Portaria da SME que estipula o *per capita* e o adicional berçário e que no Plano de Trabalho está anexado o quadro com a

organização dos grupos e o número de professores por sala e a Planilha de Custo Mensal por tipo de despesa. Continuou alegando que entregou o cronograma destinado à formação contínua dos educadores para o ano vigente, assim como a relação nominal dos funcionários e respectiva habilitação quando iniciou os serviços, e atualização dos documentos a cada alteração de pessoal e mensalmente na prestação de contas, apresentando ao Setor de Convênios os comprovantes de recolhimento das contribuições e impostos (GPS, DARF, FGTS), além das CND e CRF referentes ao respectivo período.

Ao examinar tais manifestações, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou suas conclusões precedentes por entender que as justificativas e esclarecimentos apresentados não tiveram o poder de alterar seus apontamentos.

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade do Convênio, acompanhando as conclusões da Auditoria. O Assessor Subchefe, contudo, quanto à ausência de estudo sobre o custo da educação infantil, entendeu que como o valor mensal do repasse decorre de Portaria da Pasta, a falta de justificativa da composição dos valores não pode configurar uma irregularidade, pois houve embasamento em documento próprio da Secretaria.

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, ou, alternativamente, pela aceitação de seus efeitos patrimoniais e financeiros, ante a ausência de má-fé e dano ao Erário, e por entender que os Convênios possuem natureza diversa dos Contratos, cuja justificativa para a celebração é o interesse público, que foi alcançado no Ajuste. Reportou-se, ainda, a decisões desta Casa, em outras oportunidades, em que a avaliação dos Convênios foi efetivada com menor rigor.

A Secretaria Geral opinou pela irregularidade do Ajuste, baseando-se nos pareceres dos Órgãos Técnicos desta Casa.

É o relatório.

## VOTO

As questões apresentadas neste TC já foram exaustivamente debatidas pelos Órgãos Técnicos desta Casa, e por mim enfrentadas em diversos TCs. Assim, tratando, preliminarmente, das questões de maior relevância, quais sejam: adoção do modelo Convênio e a não realização de Chamamento Público, conforme já me manifestei em outras oportunidades, considero superada a primeira delas, em especial, por serem os *Convênios, para Operação e Manutenção de CEIs e Creches,* atividade prevista no orçamento da Secretaria como parte do “Programa Educação Infantil - Função Educação”,

cabendo aos agentes públicos executar a atividade conforme aprovada em Lei Orçamentária, não se tratando de ato discricionário a escolha do modelo de Parceria.

Vale lembrar, ainda uma vez, que a Educação Infantil no Brasil desenhou uma trajetória histórica em que o Estado formulou e estimulou uma política de atendimento baseada na parceria com instituições privadas sem fins lucrativos, como forma de não ficar totalmente ausente este atendimento.

Ademais, como pontuei em outras oportunidades, mesmo estando claro que a obrigação do Estado com a Educação Infantil deve ser efetivada pela expansão da rede pública, o Convênio entre o Poder Público e instituições educacionais sem fins lucrativos foi e é uma realidade que assegura, na maioria dos municípios, o atendimento a um número significativo de crianças, em geral, da população pobre e vulnerável.

Além disso, consideram-se como partes desse Sistema tanto as unidades geridas diretamente pela Prefeitura, como aquelas geridas por Convênios, alinhando-se às orientações do Ministério da Educação, e que dispensam maiores justificativas para a escolha do instituto.

Quanto à necessidade de realização prévia de Chamamento Público, não obstante as novas orientações sob o tema delineadas na Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, in casu, como já decidi em processos assemelhados, entendo que, na inexistência de legislação municipal, à época, obrigando a realização, sua ausência não pode ser configurada como irregularidade. Ademais, nos termos das Portarias nºs 690/11-SME e 3.477/11–SME a Secretaria de Educação adota o Sistema de Credenciamento, em que todos os interessados podem ser contratados, desde que atendam aos requisitos pré-estabelecidos. 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 estas questões quanto às irregularidades apontadas, no tocante à insuficiência de recursos empenhados, ausência de estudo sobre o custo da educação infantil, não exigência de apresentação da Certidão Negativa de Débito - CND e Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, reporto-me aos TCs nºs 72-002.514.10-45, 72-001.623.11-26, 72-001.221.11-12 e 72-002.989.11-03, nos quais me aprofundei na análise e entendi superados tais tópicos.

No que pertine à *autorização de funcionamento*, já que a Portaria nº 4.293/14 prorrogou o prazo para esta concessão às entidades cujo Convênio estivesse em vigor até 31.07.2015, não vislumbro mácula.

Sobre as falhas apontadas pela Auditoria no Plano de Trabalho, como descrição de metas e objetivos a serem atingidos, não estabelecimento de contrapartida da Entidade, quantidade de crianças por sala em número superior ao permitido, conforme manifestei-me no TC nº 72-002.514.10-45, considero que tais apontamentos não constituem elementos suficientes para toldar o Convênio, em especial, pelo não estabelecimento de contrapartida, por não haver previsão legal para tal.

A respeito dos itens remanescentes, pela natureza de seu conteúdo, e por terem implicações na própria execução do Ajuste, o que não está sendo tratado neste processo, entendo que estas infringências não são aptas a maculá-lo.

Diante do exposto, aceitando as justificativas e os esclarecimentos trazidos aos autos pela Secretaria Municipal de Educação e pela Instituição Conveniada, bem como, reportando-me ao parecer da Procuradoria da Fazenda Municipal, relevo as falhas apontadas e acolho o Convênio nº 389/SME/2012-RI.

É o voto.