TC nº 72-002.153.12-80

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONVÊNIO. SMADS. Serviço denominado de abrigo para crianças e adolescentes. ACOLHIDO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72-002.153.12-80 e 72-002.154.12-43.

302ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

Trânsito em julgado: 22/05/2017

D E C I S Ã O

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

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, acolher a Execução do Convênio 162/Smads/2009.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

Presentes o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO e o Procurador FÁBIO COSTA COUTO FILHO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 31 de agosto de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trago a julgamento conjunto os processos TC 72-002.153.12-43 e TC 72-002.154.12-43, pela identidade de objetos, pois ambos os feitos versam sobre o Convênio 162/SMADS/2009 e seus Termos de Aditamento 001/2009, 002/2009, 002/2010, 003/2010, 004/2010, 001/2011, 002/2011, 003/2011 e 001/2012, analisando sua regularidade formal e a correspondente execução, que tem como objeto a prestação de serviços de acolhimento institucional para crianças e adolescentes.

Passo a relatar os correspondentes autos, começando pela análise formal do Convênio.

No **TC 72-002.154.12-43**, a primeira manifestação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou as seguintes irregularidades em relação ao Convênio 162/SMADS/2009:

a) Publicação extemporânea do termo convenial;

b) Ausência de original do edital ou do instrumento assemelhado assinado, rubricado e datado;

c) Não comprovação da reserva orçamentária em momento anterior a abertura do edital de chamamento;

d) Não convocação para a Audiência Pública em publicação de jornal de bairro;

e) Ausência de designação de representante da Administração para o acompanhamento da execução;

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

Em relação aos **Termos de Aditamento**, a Auditoria considerou que todos deveriam ser reputados irregulares por acessoriedade e por conta de infringências específicas, a seguir resumidas:

a) Publicação em desacordo com a Portaria 146/05-SMG, o que impede a indexação das informações no Sistema Átomo Radar (TAs 001/2009, 002/2009, 002/2010, 003/2010, 004/2010, 001/2011, 002/2011, 003/2011 e 001/2012);

b) Ausência de divulgação do aditamento na página eletrônica da Municipalidade (TAs 001/2009, 002/2009, 002/2010, 003/2010, 004/2010, 001/2011, 002/2011, 003/2011 e 001/2012);

c) Ausência de justificativa para o acréscimo de R$ 183,33 no valor mensal, para fins de adequação à Portaria 28/SMADS/2008 (TA 002/2009);

d) Notas de empenho foram emitidas extemporaneamente e em valor insuficiente para atender às despesas do exercício (TAs 002/2009, 004/2010, 003/2011 e 001/2012);

e) Ausência de comprovação da regularidade do FGTS-CRF e da Certidão Negativa de Débitos – CND (TAs 002/2010, 004/2010, 001/2011, 002/2011 e 001/2012);

f) Publicação extemporânea do termo (TAs 002/2010, 003/2010, 004/2010, e 001/2012);

g) Ausência de publicação do Termo de Aditamento no Diário Oficial (TAs 001/2011 e 002/2011).

Submetidos os autos à análise da Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta emitiu parecer no sentido de afastar, de plano, a configuração de irregularidade em razão da extemporaneidade da publicação dos termos de aditamento, bem como ressaltou que a ciência à Câmara do teor do convênio não tem sido considerada exigível. Considerou, ainda, que a publicação em desacordo com a Portaria 146/05-SMG, que impede a indexação das informações no Sistema Átomo Radar e a ausência de divulgação do aditamento na página eletrônica da Municipalidade podem ser relevadas, pois as formalidades referidas não são condição de eficácia do ato administrativo, que se perfaz pela publicação em Diário Oficial. Pugnou, ainda, que fosse assegurada a oportunidade de manifestação aos interessados, nos termos do Regimento Interno.

A fim de garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, foram intimados, para ciência e manifestação, a Origem, o Ordenador de Despesa à época dos fatos e a Entidade Conveniada.

Em resposta, a Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social apresentou documentos e, em síntese, prestou os seguintes esclarecimentos:

a) Adequação do serviço à Portaria 28/SMADS/2008 justificou o acréscimo de R$ 183,33 no valor mensal de repasse à Entidade Conveniada;

b) Procedimento de alteração de endereço foi devidamente realizado pela CAS Sul e pela Coordenadoria de Proteção Social Especial à Criança e ao Adolescente;

c) Designação de representante da Administração deu-se nos Relatórios de Supervisão;

d) Regularização da Entidade Conveniada perante o INSS e o FGTS permitiu a obtenção da Certidão Negativa de Débitos;

e) Extemporaneidade e insuficiência das notas decorreram da aplicação dos Decretos de Execução Orçamentária nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, que previram a liberação de quotas orçamentárias;

f) Inaplicável ao caso em tela a previsão do art. 116 da Lei Federal 8.666/93, não havendo em consequência obrigação de envio do termo convenial à Câmara;

g) Publicação em desacordo com a Portaria 146/2015 e não divulgação do ajuste na página eletrônica da Municipalidade ocorreram, mas não são suficientes para a caracterizar irregularidade, já que foi dada publicidade com a publicação oficial;

h) Publicação não ocorreu em jornal local, mas foi realizada no Diário Oficial e em jornal de grande circulação;

i) Ausência de rubrica e data na minuta de edital são específicas de processos licitatórios e não são aplicáveis ao edital de chamamento.

Alda Marco Antônio, na qualidade de Ordenadora de Despesa à época dos fatos, também apresentou defesa, trazendo, em suma, os seguintes pontos:

a) Ausência de rubrica e data na minuta de edital são específicas de processos licitatórios e não são aplicáveis ao edital de chamamento, conforme jurisprudência desta Corte de Contas;

b) Previsão de recursos financeiros, em se tratando de convênio, pode ocorrer até o momento antes da homologação;

c) Inaplicável ao caso em tela a previsão do art. 116 da Lei Federal 8.666/93, não havendo em consequência obrigação de envio do termo convenial à Câmara;

d) Não há comprometimento do Convênio pela falta de disponibilização das informações na página eletrônica da Municipalidade;

e) Designação do representante da Administração se deu em reunião mensal de equipe;

f) Extemporaneidade e insuficiência das notas decorreram da aplicação dos Decretos de Execução Orçamentária nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, que previram a liberação de quotas orçamentárias;

g) Justificativa do acréscimo de R$ 183,33 no valor mensal de repasse à Entidade Conveniada deu-se no Anexo I do respectivo Termo Aditivo;

h) Procedimento de alteração de endereço foi devidamente realizado pela CAS Sul e pela Coordenadoria de Proteção Social Especial à Criança e ao Adolescente;

i) Regularização da Entidade Conveniada perante o INSS e o FGTS permitiu a obtenção da Certidão Negativa de Débitos;

j) Publicação extemporânea, publicação em desacordo com a Portaria 146/05-SMG e a não divulgação na página eletrônica da Municipalidade são omissões que podem ser relevadas, pois a publicidade oficial supre o cumprimento do princípio da publicidade.

Embora devidamente intimada, a entidade União dos Moradores da Comunidade Sete de Setembro deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação.

Analisando as defesas apresentadas, a Auditoria pronunciou-se no sentido de considerar superados os seguintes apontamentos:

a) Ciência à Câmara Municipal não é aplicável, em face do decidido no TC 72-000.577.04-46;

b) Ausência de comprovação de regularidade perante o FGTS torna-se impropriedade relevável, em razão da comprovação da regularidade *a posteriori*;

c) Ausência de Certidão Negativa de Débitos torna-se impropriedade relevável, em razão da comprovação da regularidade *a posteriori*;

A Assessora Jurídica de Controle Externo analisou a documentação apresentada e as defesas elaboradas pela Origem e pela Ordenadora da Despesa, acompanhando a Auditoria no entendimento que remanesciam apontamentos conducentes à irregularidade do Convênio e dos respectivos Termos Aditivos, muito embora considerasse sanadas ou passíveis de relevação as infringências relativas à extemporaneidade de publicação, à ausência de ciência à Câmara, à publicação em desacordo com a Portaria 146/05 e à ausência de publicação dos ajustes na página eletrônica da Municipalidade.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se argumentando que foram apresentadas justificativas que permitem um juízo de superação das impropriedades alcançadas, tendo em vista que não houve prejuízo ao Erário e que foram prestados serviços de interesse público. Pleiteou o

acolhimento do ajuste e seus aditivos, ou subsidiariamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizado.

Por derradeiro nesses autos, manifestou-se a Secretaria Geral, pela irregularidade do Convênio e de seus Termos Aditivos, acompanhando as manifestações precedentes da Auditoria e da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Passando-se à analise do **TC 72-002.153.12-80**, que versa sobre a execução do Convênio, a Auditoria desta Corte apresentou seu primeiro relatório apontando apenas uma impropriedade, relativa à não substituição dos funcionários em licenças ou férias, o que eventualmente poderia causar prejuízo na prestação de serviços previstos no Plano de Trabalho.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se pela oitiva da Origem acerca do apontamento trazido no relatório da Coordenadoria III.

Em seguimento da instrução, a fim de garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, foram instados a se manifestar a Origem, o Ordenador de Despesa à época dos fatos e o Representante Legal da Entidade Conveniada.

A Origem e a Ordenadora de Despesas à época, Alda Marco Antônio, apresentaram esclarecimentos no sentido de que o técnico responsável pelo acompanhamento da execução convenial atuou com zelo, demandando da Entidade Conveniada que as exigências fossem cumpridas, havendo substituição de funcionários em licenças ou férias. Apontam, ainda, que os indicadores referentes à prestação do serviço demonstram que as atividades foram realizadas sem prejuízo às crianças e aos adolescentes atendidos.

Embora devidamente intimada, a entidade União dos Moradores da Comunidade Sete de Setembro deixou transcorrer, novamente, *in albis* o prazo para manifestação.

Em nova análise após as defesas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou que a impropriedade constatada foi confirmada pelos interessados, mantendo seu posicionamento anteriormente expressado.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo emitiu parecer afirmando que a Auditoria realizou detalhada análise da execução convenial e que não havia questões de ordem jurídica a serem abordadas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou manifestação requerendo o acolhimento da execução do convênio, relevando-se a impropriedade constatada, posto que formal. Subsidiariamente, pleiteou o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais da avença.

A Secretaria Geral manifestou-se, encerrando a instrução processual, no sentido de acompanhar as manifestações da Equipe Técnica no entendimento de que a execução do Convênio não merece acolhimento.

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 remanescerem não relevadas pelos órgãos preopinantes desta Corte em se tratando de avença na forma de convênio, pois este não se subsume, por inteireza, ao regime jurídico da Lei Federal 8.666/93.

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. Certamente, para casos futuros, essa observação não prevalecerá, face ao início da vigência de lei específica a regrar esse tipo de ajuste, qual seja, a Lei Federal 13.019/14 que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil. Mas, por ora, em relação a fatos pretéritos como os analisados no caso em tela, deve haver uma interpretação mais branda no ordenamento jurídico no que tange à aplicação da Lei Federal 8.666/93. Feitas essas ponderações iniciais, passa-se à análise dos apontamentos realizados pelos Órgãos Técnicos referentes à observância das formalidades legais na celebração do Convênio 162/SMADS/2009 e seus nove termos de aditamento.

Após a instrução completa do processo, com a manifestação dos interessados, restaram os seguintes apontamentos, mantidos pelos Órgãos Técnicos, a ser enfrentados:

a) Ausência de original do edital ou do instrumento assemelhado assinado, rubricado e datado;

b) Não comprovação da reserva orçamentária em momento anterior à abertura do edital de chamamento;

c) Não convocação para a Audiência Pública em publicação de jornal de bairro;

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

---

[1] TC n.º 7593/11-21, TC n.º 649/11-84, TC n.º 595/11-57, TC n.º 650/11-63, TC n.º 1.017/11-56, TC n.º 1.276/11-04, TC n.º 1.203/12-11, TC n.º 1204/12-84.

e) Ausência de justificativa para o acréscimo de R$ 183,33 no valor mensal, para fins de adequação à Portaria 28/SMADS/2008.

Com relação à ausência de data, rubrica e assinatura no edital de chamamento, em outras oportunidades esta Relatoria já se manifestou pela superação do apontamento, pois em se tratando de chamamento público para celebração de convênio, não há estrita aderência às regras previstas na Lei Federal 8.666/93, como já exposto preliminarmente. Ademais, é necessário ter em conta que, mesmo em caso de aplicação da Lei Federal 8.666/93, para licitações e contratos propriamente ditos, face à constatação de que estavam ausentes rubricas, assinaturas ou numerações de páginas de edital de licitação, esta Corte decidiu, em outras oportunidades, no sentido de relevar tal impropriedade formal. Assim, tal infringência pode ser afastada.

Quanto à não comprovação de reserva orçamentária em momento anterior à abertura do edital de chamamento, há que se considerar, além da não incidência das formalidades estritas do processo licitatório ao processo de conveniamento, que os documentos trazidos pela Origem comprovam que houve a devida reserva antes da lavratura do convênio e que havia recursos previstos em orçamento para a ação pretendida. Tais elementos podem ser considerados suficientes a demonstrar que houve planejamento prévio e que havia recursos financeiros suficientes para lastrear o desembolso efetuado.

A respeito da convocação para a Audiência Pública, a Origem demonstrou que esta foi efetuada em publicação em jornal de grande circulação (fls. 541) e também por Diário Oficial, neste caso, acompanhada do edital em teor completo (fls. 543/548). Muito embora seja prevista a publicação em jornal de circulação local, é inafastável a ponderação de que a infringência se refere a um regramento interno da própria Secretaria (Portaria 31/03/SAS) e não a um requisito legal de validade do próprio ato. A finalidade do ato administrativo em si, que é a publicidade, foi alcançada, não sendo possível perceber prejuízos à Administração ou a Terceiros Interessados.

A ausência de designação de representante da Administração para o acompanhamento da execução do Convênio é também falha de caráter predominantemente formal, cuja superação vem da análise da execução da avença, na qual foi constatada a apresentação de relatórios periódicos por agente público responsável, demonstrando que houve efetiva supervisão das atividades da Entidade Conveniada.

Por derradeiro, acerca da ausência de justificativa para o acréscimo no valor mensal de R$ 183,33, há de ser acolhida a defesa apresentada pelos responsáveis pelo ato. Isso porque a Portaria 28/SMADS/2008 trata, dentre outros assuntos, da previsão das horas técnicas e a necessidade de *"apreciação, analise e manifestação do técnico supervisor"* anualmente. Como o Termo Aditivo 02/2009 prevê a prorrogação da vigência do período do convênio, é cabível a adequação das horas técnicas às demandas enfrentadas pelo serviço, com a especificação das atividades a serem realizadas, sendo necessário,

consequentemente, que haja um ajuste dos valores a serem pagos, a maior ou a menor, pelas horas técnicas. Ressalte-se que a Portaria 55/SMADS/2009 autorizou a prorrogação até 31/12/2010 do prazo de vigência dos Termos de Convênio indicados em seu Anexo I, dentre os quais estava previsto o Convênio ora analisado, com a ressalva de que os Termos de Aditamento deveriam prever *"no que diz respeito a valores de repasses mensais (acréscimos ou supressões)"*.

Ou seja, muito embora a motivação não esteja expressamente compilada no processo administrativo, como deveria ocorrer, para fins de clareza e publicidade, o aumento não foi realizado de forma ilegal ou arbitrária, havendo uma motivação "aliunde" que é capaz de afastar a falta de fundamentação apontada pelos Órgãos Técnicos.

Passando à análise da execução do Convênio 162/SMADS/2009, verifica-se que da instrução processual houve um único apontamento, qualificado como impropriedade, consistente na não substituição dos funcionários em licenças ou férias, o que eventualmente poderia causar prejuízo na prestação de serviços previstos no Plano de Trabalho.

Verificando-se os documentos que instruem o processo, trazidos pela Auditoria e pela Origem, constata-se que embora a prática devida, de substituição dos funcionários regulares não estivesse sendo adotada em sua plenitude, não houve qualquer prejuízo à prestação dos serviços conveniados. O atendimento deu-se de forma plena, com indicadores satisfatórios de desempenho e com o devido cumprimento do plano de trabalho, tanto que a Coordenadoria III não fez nenhum apontamento de inexecução ou prejuízo à população atendida, constando do relatório que a não substituição apenas potencialmente poderia trazer efeitos indesejados, sem, contudo, haver registro de que algum dano tenha efetivamente ocorrido.

De outra parte, a documentação encartada nos autos demonstra que houve a devida cobrança, por parte dos técnicos da Origem, para que o convênio fosse fielmente executado. Por essa razão, é cabível o acolhimento da execução, já que não foi constatada uma hipótese de inexecução da avença.

Diante do exposto, ACOLHO o Convênio 162/SMADS/2009 e seus Termos de Aditamento 001/2009, 002/2009, 002/2010, 003/2010, 004/2010, 001/2011, 002/2011, 003/2011 e 001/2012, bem como a respectiva execução dos instrumentos.