EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-002.514.10-45

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

2.748ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA, após vista que lhe fora concedida na 2.747ª S.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 relevar as falhas constatadas e em acolher o Convênio 038/SME/2010-RI.

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

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de junho de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Trata-se da análise, do Convênio nº 038/SME/2010 -RI, pactuado entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e a Sociedade Educativa e Beneficente Estrela da Esperança, objetivando atendimento a crianças por meio de Centro de Educação Infantil/Creche, no valor de R$ 1.647.759,12 (um milhão,

seiscentos e quarenta e sete mil, setecentos e cinquenta e nove reais e doze centavos) e pelo prazo inicial de 30 (trinta) meses.

Na análise desse instrumento, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou várias irregularidades, das quais destaco, pela relevância, as seguintes:

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

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 empenho para cobertura da despesa do exercício, descumprindo a Lei Federal 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];

---

[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.

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;

6. Intempestividade da publicação no DOC, em desacordo com o artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02[6];

7. Falta de providências quanto à concessão de autorização de funcionamento, desatendendo ao artigo 6º da Deliberação do Conselho Municipal de Educação nº 04/2009;

8. Descumprimento dos artigos 195, § 3º, da Constituição Federal[7], 1º da Lei Municipal nº 11.184/1992[8] e 1º, § 1º, da Lei Federal nº 9.012/1995[9], 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. Ausência de comprovação de consulta ao CADIN, à época da lavratura.

Provocada a se pronunciar, a Secretaria Municipal de Educação apresentou sua defesa acompanhada dos pareceres de sua área técnica e jurídica, nos quais analisa e refuta os questionamentos da Auditoria. Aduz, em síntese, que não se pode cogitar de irregularidade a opção em realizar convênios, por se tratar de discricionariedade administrativa, que encontra amparo na própria lei. No tocante à ausência de chamamento público, esclarece que estudos vinham sendo efetuados para alteração da Portaria nº 3.969/09 que rege a matéria, uma vez que ela não prevê tal obrigatoriedade. A respeito da ausência de estudo sobre o custo da educação infantil argui que vem envidando esforços em conceder reajustes no valor "per capita" e adicional berçário superando os índices inflacionários, com vistas à qualidade no atendimento.

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. 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.

[7] **§ 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.

[8] **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.

[9] **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.

Na sequência, ao examinar essas manifestações, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou suas conclusões precedentes, superando, porém, a questão do CADIN, em face da apresentação de pesquisas indicativas da regularidade da Instituição.

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, na esteira das conclusões da Auditoria, opinou pela irregularidade do Convênio em foco excetuando, todavia, a insuficiência de empenhamento e a extemporaneidade da publicação, que considerou sanadas diante dos esclarecimentos prestados pela Secretaria.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por sua vez, reportando-se aos elementos aduzidos pela Secretaria, sustentou a distinção entre convênio e contrato, arguindo que não há que se falar em licitação anterior à avença celebrada. Nessa senda, trouxe à colação as lições de Maria Sylvia Zanella di Pietro[10] que preleciona que "não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração". Propugnou, ao final, pela acolhida do Convênio, com relevação das impropriedades de cunho formal ou, alternativamente, pela aceitação dos efeitos financeiros decorrentes.

Ainda no curso da fase instrutória, na qualidade de Relator, determinei a intimação do Secretário Municipal de Educação, à época, Sr. Alexandre Alves Schneider e da Conveniada, para ciência e apresentação de defesas.

Das respostas sobrevindas, destaco em primeiro lugar os argumentos da Conveniada quanto à falta de justificativa para a escolha do modelo convênio, diante do afirmado pela Auditoria de que poderiam ter sido adotados outros modelos de instrumento como Contrato de Gestão e Termos de Parceria.

Argumentou a Instituição, nesse âmbito, que a disponibilização de vagas em Creche Infantil melhor se aperfeiçoa pela celebração de convênios, tendo em vista que a Lei Municipal nº 14.132/2006, que trata dos Contratos de Gestão com Organizações Sociais – OS's, não alcança a área de educação, enquanto os Termos de Parceria celebrados com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP's não seriam cabíveis *in casu* pela característica do modelo, que permite somente atuação de forma complementar, por meio da implementação de instrumentos de fomento.

Em seu favor, o Sr. Alexandre Alves Schneider interveio nos autos às fls. 484/490, argumentando, em síntese, que o Convênio é um instrumento do qual se vale a Administração para associar-se com outras entidades públicas ou privadas, cujos objetivos institucionais são comuns e os resultados são atingidos pela mútua colaboração dos partícipes.

---

[10] Direito Administrativo Brasileiro, 5ª ed.,São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 347.

Também, alegou que a adoção desse instrumento não significa que a Administração Pública dispensa a análise das entidades parceiras, pois precede a sua celebração o credenciamento das organizações/entidades e associações educacionais, regrada, atualmente, pela Portaria SME nº 3.477/11, que confere à Entidade "Certificado de Credenciamento Educacional" indicativas da idoneidade e aptidão para celebrar Convênio.

A partir das defesas ofertadas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou suas conclusões anteriores pela irregularidade do Ajuste, com exceção, quanto à falta de providências relativa à concessão de autorização de funcionamento, eis que foram apresentados documentos saneadores dessa irregularidade.

Por sua vez, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, perfilhando esse mesmo entendimento, acompanhou o pronunciamento daquele Órgão.

A Instituição Fazendária, cientificada do acrescido, ratificou integralmente sua promoção anterior.

Por fim, pronunciou-se a Secretaria Geral arrematando que a descentralização da prestação dos serviços públicos deve ser acompanhada de justificativas suficientes para a comprovação da observância ao princípio da motivação, demonstrando de forma inequívoca que a adoção do modelo convênio é a maneira mais eficiente de atendimento ao interesse público.

No tocante à realização de Chamamento Público enfatizou, em resumo, que, embora não exista Legislação Municipal para Convênios de âmbito geral ou, ainda, inexista norma legal aplicável à SME exigindo tal chamamento para a escolha da entidade conveniada, a sua realização perfaz medida que melhor se adequa à exegese do sistema jurídico pátrio. Além disso, agregou a falta de elementos necessários para se averiguar os preços praticados no Convênio, apontamento esse capaz de macular o Ajuste.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, parece-me de todo apropriado o debate das questões amplamente abordadas na instrução do presente, no tocante à falta de justificativa para a adoção *in casu* do modelo Convênio e a não realização de Chamamento Público para a assinatura do Termo em análise.

É cediço que a ampliação e a complexidade das funções do Estado, contrapondo-se à necessidade da diminuição do tamanho de seu aparelhamento, exigiu da Administração Pública a adoção de novas formas e meios de prestação de serviços, evoluindo dos serviços públicos centralizados aos serviços

de interesses recíprocos entre entidades públicas e organizações particulares do Terceiro Setor, em regime de mútua cooperação.

Neste contexto, adequadas à atual realidade social brasileira, as duas recentes qualificações jurídicas para entidades do Terceiro Setor são as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que trazem consigo novos princípios e novos instrumentos como o Contrato de Gestão e os Termos de Parceiras, instrumentos esses que traduzem o vínculo entre tais organizações e o Estado.

O estudo desses institutos em comparação ao tradicional convênio, previsto no artigo 116 da Lei Federal nº 8.666/93, é válido por se tratar de figuras novas no Direito Administrativo pátrio e se justifica não só pela grande semelhança existente, mas também porque o modelo perseguido pela reforma do aparelho Estatal foca a eficiência, característica da chamada gerência moderna.

Entretanto, a despeito da possibilidade de se empreender nestes autos interessante e amplo debate a respeito dos novos institutos e da adequação da adoção de um ou outro modelo de parceria, entendo recomendável primar pela objetividade, em face das claras orientações propostas pelo Governo Federal.

Nesse sentido, saliento que a construção da política de utilização de convênios como instrumento de parceria na área da Educação Infantil foi introduzida pelo próprio Ministério da Educação – MEC. Embora já prevista no Texto Constitucional a obrigação do Estado quanto ao atendimento à educação infantil pela expansão da rede pública, de acordo com documento publicado em 2009, em seu site oficial[11], com o título **"Orientações sobre convênios entre secretarias municipais de educação e instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos para a oferta de educação infantil"**, o MEC assumiu o modelo convênio estabelecido entre o poder público e instituições educacionais sem fins lucrativos, como uma forma de assegurar o atendimento a um número maior de crianças.

Referido texto orientador, que traz em seu bojo sugestões e modelos de Plano de Trabalho, minuta de Termo de Convênio, Manual de Prestação de Contas, entre outros itens, constituiu referência para os municípios em âmbito nacional e, certamente, a Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, seguindo tais orientações, vem estabelecendo ao longo dos anos Termos de Convênio com organizações da sociedade civil, com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, com o objetivo de ofertar maior número de vagas em Creches.

Sobre o tema, trago ainda à colação a definição de convênio, segundo disposto no Decreto Federal nº 6.170/07, que estabelece as normas relativas às transferências de recursos da União, mediante convênios

[11] http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&id=12579:educacao-infantil&Itemid=859

celebrados entre órgãos e entidades da administração pública federal e órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos. Consoante o § 1º do seu artigo 1º, convênio é:

"acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, ***entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação****".* (grifei)

Desdobrando essa conceituação, tem se que em linguagem contábil/orçamentária, Programa de Governo é instrumento de organização da atuação governamental, que articula um conjunto de ações os quais concorrem para um objetivo comum preestabelecido, visando à solução de um problema ou o atendimento de uma necessidade ou demanda da sociedade.

Já a Educação Infantil, na esfera da Lei Orçamentária Municipal, é Programa de Governo da Função Educação, na qual se insere a Atividade - Convênios para Operação e Manutenção de CEIs e Creches. Nesse diapasão, consoante a norma federal, parece-me adequada a utilização deste modelo de parceria no caso em estudo, de modo que entendo superada a falha apontada pela Auditoria quanto à falta de justificativa para a escolha de celebração de convênio.

Corrobora no mesmo sentido, a definição constante do Decreto nº 49.539/08 norma municipal sobre convênios que, embora textualmente exclua a sua aplicabilidade à área de educação e sugira regulamentação própria por área, considera como objeto de convênios a execução de Programas de Governo.

Em se tratando de regulamentação própria, as normas gerais referentes à celebração de convênios para a execução dos serviços dos CEI´s/Creches, constam da Portaria nº 3.477 da SME, publicada em 09/07/11, em substituição à Portaria nº 3.969, de 18/08/09, válida à época da realização da despesa.

Volto-me, na sequência, ao enfrentamento da necessidade da realização prévia de Chamamento Público[12], para apontar desde logo que a legislação municipal sobre convênios na área de educação não o prevê, muito embora possa ser ela considerada recomendável, conforme orientações do TCU no Acórdão nº 1.331-27/08-P, que em Sessão Plenária deliberou:

"9.3. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que oriente os órgãos e entidades da Administração Pública para que

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

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)

Destarte, inexistindo norma específica tornando obrigatória a realização de chamamento público, a sua falta não configura motivo para se considerar irregular o Convênio em causa. O princípio da legalidade impõe à Administração Pública a obediência estrita à lei e, nesse diapasão que o julgador deve decidir.

Ademais, após publicação das Portarias nº 690/11-SME e nº 3.477/11–SME encontram-se definidos os critérios e os procedimentos para credenciamento de organizações/ entidades/associações educacionais ou com atuação preponderante na área de educação, às quais são concedidas "Certificados de Credenciamento", desde que atendidos os requisitos preconizados. Nessa vertente, sendo de conhecimento notório a grande demanda por vagas em creches no Município, recepciono a defesa da Secretaria que afirma inexistir concorrência entre as Instituições interessadas, uma vez que qualquer delas, desde que atenda a exigências prescritas, poderá estabelecer Convênio.

Admitida a adequabilidade do instrumento eleito, passo a analisar os demais questionamentos levantados pela Equipe Técnica desta Casa. Nesse objetivo começo por ressaltar que a ausência de uma disciplina clara e objetiva sobre os Convênios Administrativos dificulta a definição dos limites da aplicabilidade a eles das normas da Lei Federal nº 8.666/1993, na medida em que, conforme previsto em seu artigo 116, as disposições legais regentes dos contratos administrativos devem ser aplicadas aos convênios "somente no que couber".

Tome-se como exemplo, nesse particular, a questão da ausência de estudo sobre o custo da educação infantil. Para a Auditoria a falta de planilha de custo por criança na Educação Infantil macula o ajuste, pois impossibilita averiguar se o aumento linear de 20% no valor *per capita* sobre o preço da Tabela, constante da Portaria nº 664/10, utilizada para cálculo do valor do ajuste, é ou não suficiente para cobrir os gastos com o reajuste salarial do(a) Auxiliar de Desenvolvimento Infantil – ADI's.

Nesse ponto, inclino-me a aceitar a defesa da SME manifestada no sentido de que, em sendo convênio "Não se cogita de preço ou remuneração". De fato, diferentemente de um contrato, o convênio não envolve uma contraprestação de serviços e sim a busca de um resultado comum. Cuida-se de uma relação em que os interesses das partes envolvidas são convergentes, os objetivos institucionais são comuns e os partícipes somam esforços para alcançá-los. Tanto assim que se utiliza o termo "repasse de recursos" e não "pagamento pelos serviços prestados". Ademais, trata-se de preço ajustado conforme valor *per capita* definido em Portaria, cujos valores são corrigidos sistematicamente.

Quanto a não exigência da apresentação da Certidão Negativa de Débito - CND e do Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS na prestação de contas da conveniada, destaque-se que não se cogita da condição de irregularidade da Conveniada, mas, de questão atinente à formalização do termo. Destarte, não se trata de contrariedade ao comando Constitucional que impede de contratar com o Poder Público pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social.

Segundo a Secretaria, os termos da prestação de contas estabelecidos obedecem às regras contidas em Portaria aprovada pela Procuradoria Geral do Município na Ementa nº 11.527, com orientação no sentido de que a comprovação da regularidade fiscal da entidade convenente é apenas necessária nas hipóteses de celebração ou renovação do convênio. Tal medida vai ao encontro das regras válidas para os contratos administrativos em geral, de forma que me parece razoável o argumento, motivo no qual me respaldo para agasalhar as razões de defesa.

Por fim, em relação à desconformidade do Plano de Trabalho com as regras estatuídas no citado artigo 116, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993[13], a Auditoria enumera várias falhas, no tocante à descrição de metas e objetivos a serem atingidos, tanto no Plano de Trabalho como no Projeto Pedagógico; não estabelecimento de contrapartida da Entidade; quantidade de crianças por sala em número superior ao permitido e falta de ADI para a quantidade de crianças matriculadas no Berçário I.

Com a devida vênia, a análise da documentação encartada nos autos me conduz à convicção de que os apontamentos registrados nesse tópico não constituem elementos suficientes para ensejar a irregularidade do convênio. Nesse sentido, destaco a manifestação dos técnicos em que, finalizam por sugerir recomendação à SME para que aperfeiçoe a descrição das metas e objetivos quantitativamente e qualitativamente, para o melhor atingimento da finalidade visada.

Já em relação ao não estabelecimento de contrapartida, a despeito de considerar irregular tal situação, os mesmos técnicos informam que não

---

[13] **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.

constam do Processo Administrativo e nem da Portaria nº 3.969/2009 qualquer menção de que haverá contrapartida da conveniada.

De fato, os normativos que regulam o tema no âmbito da SME não contemplam tal previsão e, assim sendo, não é possível se considerar caracterizada a irregularidade, uma vez que, também à atividade jurisdicional impõe-se a subserviência ao princípio da legalidade, não cabendo, pois, exigir-se observância de regra conquanto não positivada.

Quanto aos demais itens, pela natureza de seu conteúdo, entendo serem atinentes ao Acompanhamento de Execução do Convênio realizado no TC nº 72.002.260/10-29, de modo que, serão tratados oportunamente naqueles autos.

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 038/SME/2010-RI.

É como voto. **(2.747ª S.O.)**.