TC nº 72-002.536.07-82

ANÁLISE. CONVÊNIO. SME. Atendimento às crianças. Centro de Educação Infantil. Creche. Ausências de justificativa do valor do Convênio, notificação à Câmara Municipal e de remessa ao SERI. Não conformidade do Plano de Trabalho. Fragilidade de controle. Contrariedade ao principio da isonomia. Falhas relevadas. REGULAR. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÃO. Votação unânime.

Legislação citada: Lei 10.172/01. Instr. 02/02-TCMSP. Art.116, Lei 8.666/93.

TCs citados nº 72.003.429.07-08, 72.002.881.07.70 e 72.003.738.07.32.

Relatório e voto englobado TCs 72.002.465.07-36, 72.002.445.07-29 e 72.002.536.07-82

2.737ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 06/11/2014

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.002.465.07-36 e 72.002.445.07-29, e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.736ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, com relatório e voto, ROBERTO BRAGUIM – Revisor, consoante declaração de voto apresentada, e DOMINGOS DISSEI, nos termos do voto apresentado em separado, em relevar as impropriedades detectadas pelos Órgãos Técnicos desta Corte e em julgar regular o Convênio 015/SME/2007-RI.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Educação – SME que observe os apontamentos quanto: (i) à necessidade de melhor detalhamento do plano de trabalho, etapas e fases de execução para o alcance das metas a serem atingidas quando da celebração de

convênios cujo objeto seja o mesmo ou semelhante ao objeto do termo em epígrafe; (ii) à obrigatoriedade de acompanhamento e fiscalização, pela diretoria regional de educação – DRE competente, da execução a contento dos objetivos e metas do convênio celebrado, considerando inclusive o plano de aplicação de recursos em contraposição à prestação de contas a ser apresentada pelo conveniado.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em recomendar ao Chefe do Executivo e à Câmara Municipal a realização de um marco regulatório específico, para tratar de convênios na área de educação.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar à Subsecretaria de Fiscalização de Controle desta Corte que promova o acompanhamento da execução do convênio tratado nestes autos e, por meio de amostragem regional, dos convênios formalizados no último ano.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício à SME e à Cruzada Pró-Infância, para ciência deste Acórdão, e, após as comunicações de praxe, o arquivamento destes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor e DOMINGOS DISSEI.

Ausentou-se o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, por motivo previamente justificado.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de abril de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Examinam-se nos autos três Termos de Convenio (nº 060/SME/2007-RP, nº 057/SME/2007-RI e nº 015/SME/2007-RI) firmados

entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e entidades privadas sem fins lucrativos, tendo por objeto o atendimento crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos, em Centro de Educação Infantil – CEI, conforme a tabela abaixo:

TC	***Termo de Convenio n°***	***Entidade***	***Objeto***	***CEI***
2.445.07-29	060/SME/2007-RP	Lar da Criança Menino Jesus	atendimento de 180 crianças de 0 a 6 anos, sendo 60 de 0 a 2 anos	Espaço Criança Elias Antonio Zogbi
2.465.07-36	057/SME/2007-RI	Serviço Social Bom Jesus	atendimento de 150 crianças de 0 a 4 anos, sendo 52 de 0 a 2 anos	Jaguaré
2.536.07-82	015/SME/2007-RI	Cruzada Pró-Infância	atendimento de 178 crianças de 0 a 6 anos, sendo 64 de 0 a 2 anos	Aconchego

Por possuírem objeto semelhante, para o qual a Municipalidade optou pelo mesmo instrumento de contratação, bem como tendo a Auditoria alcançado conclusão comum sobre as infringências praticamente idênticas nos três casos, procedo à análise conjunta dos termos de convenio supra elencados, em especial, considerando a matéria semelhante da maior importância, a celebração de convênios de creches no município de São Paulo.

Preliminarmente, cumpre destacar que a Auditoria, para proceder à minuciosa análise dos termos ora julgados, teve como referencia as conclusões alcançadas em excelente relatório constante nos autos do TC nº 72.003.429.07-08, quando da realização de auditoria extraplano em 2007 a pedido do nobre conselheiro Mauricio Faria, oportunidade em que foi elaborada detalhada análise e avaliação dos principais indicadores da área de Educação à época.

A Auditoria, após proceder à análise dos certames (folhas 136/148 no TC 2.445.07-29; 143/158 TC 2.465.07-36 e 204/218 do

TC 2.536.07-82), concluiu pela irregularidade dos convênios, dado que constatadas as seguintes infringências:

"a) *ausência de justificativa do valor do Convênio, por não ser apresentado o estudo sobre o qual se baseou a SME para estipular os valores per capita e de adicional berçário, em infração ao inciso III, do parágrafo único, do artigo 26, em cotejo com o "caput", do artigo 116, da Lei Federal nº 8.666/93 e ao inciso X, do artigo 93, da Constituição Federal (**item 13.2 no relatório da Auditoria constante nos três TCs**);*

b) *não conformidade do Plano de Trabalho constante das folhas 37/69 no TC 2.445.07-29; folhas 26/43 e 61/84 no TC 2.465.07-36 e com as regras aplicáveis, pois não há descrição clara das metas a serem atingidas pelo Convênio, contrariando o "caput" e parágrafo 1º, inciso II, do artigo 116, da Lei Federal nº 8.666/93[1] (**item 13.9 no TC 2.445.07-29; 13.7 no TC 2.465.07-36 e 13.8 do TC 2.536.07-82**);*

c) *ausência de justificativa para a celebração do Convênio, em infração ao artigo 116, "caput", da Lei Federal nº 8.666/93, em cotejo com o artigo 2º, inciso I, do Decreto Municipal nº 44.279/03 (**item 13.9 nos TCs 2.445.07-29 e 2.536.07-82; e 13.8 no TC 2.465.07-36**);*

d) *contrariedade ao princípio da isonomia para a celebração do convênio e ao artigo 6º, do Decreto Municipal nº 40.384/2001, uma vez que não se prevê chamamento público com a indicação de critérios objetivos para a escolha da entidade com quem se celebrará o convênio (**item 13.10 nos TCs 2.445.07-29 e 2.536.07-82; e 13.9 no TC 2.465.07-36**); e*

e) *ausência de notificação à Câmara Municipal da celebração do convênio, contrariando o parágrafo 2º, do artigo 116, da Lei Federal nº 8.666/93 (**item 13.11 nos TCs 2.445.07-29 e 2.536.07-82; e 13.10 no TC 2.465.07-36**)."*

---

[1] *"Artigo 26. As dispensas previstas nos parágrafos 2º e 4º, do artigo 17 e no inciso III e seguintes do artigo 24, as situações de inexigibilidade referidas no artigo 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único, do artigo 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.*
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.(...)"
c/c
"Artigo 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. (...)"

Salientou ainda que os documentos exigidos pela Origem tanto para a formalização do Convênio como para a prestação de contas denotaram a fragilidade do controle da consistência das informações recebidas, uma vez que elas são consideradas tal como apresentadas pela entidade convenente, sem investigação da Origem (itens 13.8 e 13.12 do relatório da Auditoria nos TCs 2.445.07-29 e 2.536.07-82; e itens 13.7 e 13.11 no TC 2.465.07-36).

Apontou também que não foram enviadas as informações sobre o Convênio por meio do atualmente extinto Sistema Eletrônico de Remessa de Informações - SERI, contrariando a Instrução TCMSP nº 01/2002.

Exclusivamente nos autos do **TC 2.536.07-82**, identificou ainda a Auditoria que "*b) a conta única apresentada para a celebração do Convênio não coincide com aquela constante das Notas de Empenho, em infração ao item 2.14, do Anexo II, da Portaria SME nº 5.152/07 (item 13.6)*". Ao que solicitou, por fim, que a SME fosse instada a justificar o porquê da não utilização da conta específica do Convênio inicialmente indicada para a emissão das notas de empenho e a informar, com as devidas provas, em qual conta vinham sendo efetuados os depósitos para a consecução do objeto do Convênio (item 13.6).

Foram intimados a prestar esclarecimentos o Secretário Municipal da Educação, Sr. Alexandre Alves Schneider, e os respectivos presidentes das entidades Lar da Criança Menino Jesus, Serviço Social Bom Jesus e Cruzada Pró-Infância, que apresentaram suas justificativas acompanhadas de documentos (respectivamente às folhas 154/155 e 156/198 do TC 2.445.07-29; folhas 162/163 e 164/175 no TC 2.465.07-36; e folhas 226/227 e 228/250 do TC 2.536.07-82).

Dentre as justificativas da SME, apresentadas de forma idêntica nos três autos ora analisados, cumpre destacar as que se seguem.

Sobre a opção pela "modalidade" convenio a Assessoria Jurídica de SME argumentou ainda que a Constituição Federal determina que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, e será "promovida e incentivada com a colaboração da sociedade" (artigo 205, CF). Dessa maneira, para desempenhar seu papel constitucional a Administração pode e deve promover políticas públicas que fomentem a participação da sociedade.

Nessa medida, defende que a Administração Municipal optou pela realização de parcerias mediante convênio com entidades da sociedade civil como forma de ampliar a oferta de vagas em educação infantil, elencando seus motivos para inadequação do contrato de gestão ou do termo de

parceria enquanto instrumentos para alcançar à finalidade pretendida. Ademais, argumenta que o convenio presta-se a este fim, tal como reproduzido no texto da Portaria vigente sobre o assunto, qual seja, estabelecer uma relação de complementaridade, cooperação e articulação da Rede Pública. No mais, defende que o interesse público como também é justificativa para a celebração de convênios, colacionando trechos da doutrina pertinente.

Destacou ainda que "a análise técnica não pode se dissociar do contexto em que o instrumento objeto da fiscalização está inserido", destacando que, "dado o gigantismo de nossa cidade, bem como notória demanda sempre crescente por vagas em educação infantil e a escassez de recursos públicos, cabe ao administrador fomentar cada vez mais as atividades particulares de caráter social". Afirma ainda que "no âmbito do Município de São Paulo a demanda é tamanha que toda e qualquer entidade interessada poderá, em tese, ser habilitada a firmar convenio para creche", reafirmando, contudo, a necessidade de serem atendidos rigorosamente os critérios estabelecidos nas portarias vigentes para celebração do convenio.

Destacou que "a contrapartida não precisa, pois, ser de cunho financeiro, muito embora isso ocorra em diversos convênios de igual finalidade ao analisado. A vasta lista de obrigações da conveniada constante no termo de convenio revela, por exemplo, que o parceiro privado deverá disponibilizar a estrutura para o atendimento, bem como gerenciá-la entre outras atribuições. Todas elas são contrapartidas da entidade, nem sempre mensuráveis financeiramente.".

Excepcionalmente nos autos do TC 2.536.07-82, destacou ainda a Origem:

"b) A Secretaria, consoante o item 1.5 do Plano de Aplicação de Recursos Financeiros – Anexo V da Portaria SME 5152/07, determinou que a instituição apresente a "contrapartida", explicitando-os em "Outras Receitas". Do mesmo modo, com relação às metas, a instituição, conforme cópia anexa, já alterou a situação anterior, especificando com clareza as metas a serem atingidas, a curto, médio e longo prazo.

c) A justificativa para a celebração do convenio encontra-se no texto da própria Portaria normatizadora, ao definir que "consiste em relações de complementaridade, cooperação e articulação da Rede Pública ...". Tendo conhecimento da grande demanda existente, a Administração, em rodas as oportunidades possíveis, realiza acordos dessa natureza.

e) Informamos que, por meio do Ofício SME/ATP/Convênios
n° 25/07, a Secretaria notificou a Camara Municipal, na conformidade do parágrafo

2°, do artigo 116, da Lei Federal 8.666/03, anexando os documentos comprobatórios."

Sobre esta última irregularidade específica dos autos do TC nº. 2.536.07-82, informou ainda a Origem que os pagamentos estavam sendo creditados em conta mantida pela conveniada no banco BRADESCO, conforme determinado pelo Decreto n°. 46.528/2005 (folhas 239/241), sendo certo que a irregularidade encontrada quanto a conta bancária indicada é passível de saneamento, vez que alterada a indicação da conta específica e justificada a utilização da conta inicialmente informada (folhas 244). Isto porque a Prefeitura já possuía um cadastro da entidade em virtude dos demais convênios celebrados anteriormente, ao que o sistema NOVOSEO utilizado à época não aceitou a inserção de nova conta sob o mesmo numero de CNPJ.

Por sua vez, a Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE acompanhou as conclusões da Auditoria, opinando pelo não acolhimento dos referidos Termos de Convênio frente às irregularidades constatadas, sem prejuízo das recomendações necessárias (folhas 179/185 no TC 2.465.07-36; e folhas 254/261 no TC 2.536.07-82).

Especificamente nos autos do TC 2.536.07-82, o processo foi novamente à Origem para se pronunciar acerca de questões de cunho técnico por sugestão da Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo Substituta, ao que sobreveio nova manifestação da Auditoria, mantendo suas conclusões anteriormente alcançadas.

A seu turno, manifestou-se a Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM de forma também muito semelhante nos três autos (folhas 212/226 no TC 2.445.07-29; folhas 188/193 no TC 2.465.07-36; e folhas 271/286 do TC 2.536.07-82), defendendo o acolhimento do ajuste, na medida que, em síntese:

"a) os serviços em questão eram absolutamente necessários, posto que relativos à alimentação, educação, recreação e proteção de crianças carentes na Cidade de São Paulo;

b) tais serviços – até prova em contrário – foram prestados corretamente pela conveniada, que observou as disposições contidas no plano de trabalho;

c) a entidade conveniada possui idoneidade e respeitabilidade junto à Sociedade;

d) não houve qualquer restrição quanto aos valores praticados e/ou quantidade de serviços prestados;

e) não há indício de desvio de recursos públicos em favor de terceiros;

f) não há prova de que os agentes públicos responsáveis tenham se beneficiado dos atos praticados;

g) as impropriedades havidas, s.m.j - salvo melhor juízo, foram todas de ordem formal, não comprometendo a eficácia e validade do convenio;

h) não há notícia nos autos da existência de prejuízo concreto à Municipalidade em face dos atos praticados;

i) não se constatou dolo, má fé ou culpa por parte dos agentes públicos."

Desse modo, defendeu o acolhimento do referido ajuste posto que seus serviços eram absolutamente necessários, já que afetos às crianças carentes de São Paulo, prestados corretamente e de acordo com as disposições constantes no Plano de Trabalho.

Ainda, a entidade conveniada possuía idoneidade e respeitabilidade junto à sociedade, não havia qualquer restrição em relação aos preços praticados, sem indícios de desvio de recursos públicos em favor de terceiros, as impropriedades eram formais, sem notícia de prejuízo concreto à Municipalidade, ausência do constatado dolo, má fé ou culpa por parte dos agentes públicos responsáveis.

Na hipótese de rejeição, defendeu por fim ser "imperioso o reconhecimento dos efeitos financeiros decorrentes do convenio analisado, porque não há qualquer indício e/ou prova da existência de dano ao erário e tão pouco a constatação de dolo ou culpa por parte dos agentes públicos responsáveis" e em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Por sua vez, a Secretaria Geral, nos autos do TC 2.536.07-82 e do TC 2.465.07-36 (folhas 288/293 no TC 2.536.07-82), pontuou ser forçoso reconhecer as irregularidades anotadas pela Auditoria, bem assim pela Assessoria Jurídica, rechaçando os argumentos apresentados pela Origem, eis que não lograram sanar os vícios apontados com a documentação juntada aos autos, opinando pela irregularidade dos Convênios em exame.

Todavia, nos autos do TC 2.445.07-29, a Secretaria Geral alcançou sobre o mesmo tema conclusão distinta, discordando da Auditoria no que tange à ausência das justificativas dos valores *per capita* praticados por SME. Isto porque, como restou mencionado no próprio relatório da auditoria, os

valores foram extraídos das Portarias 4.679/06 e 5.272/07, que estipularam os valores a serem repassados à toda rede conveniada e não apenas ao presente convênio. Considerou que eventual insurgência quanto aos estudos que deram origem a tais portarias não podem ser discutidas nestes autos, não vislumbrando qualquer irregularidade praticada pela Origem ou Contratada neste quesito.

Sobre a administração ter escolhido a "modalidade" convênio para regular o relacionamento com a iniciativa privada, ao invés de ter se utilizado de outros instrumentos disponíveis como o contrato de gestão ou termos de parceria, considerou a Secretaria Geral que tal escolha se insere no campo de discricionariedade da Administração Pública, não se caracterizando como uma irregularidade.

Ainda, quanto à alegação de que "não foi realizado procedimento seletivo de escolha baseado em critérios objetivos para a celebração do ajuste, por se tratar de convênio, isto é, contrato de cooperação, a Administração não está impedida de fazer uma seleção pública se assim o desejar, mas, ao mesmo tempo, não está obrigada a fazê-la".

Assim, defendeu estar inserida no campo da discricionariedade da Administração Pública a escolha de com quem contratar, dentre aquelas que sejam idôneas e relacionadas ao objeto que a Administração pretende buscar com o convênio.

Ponderou ainda que, conforme documentos de folhas 157/163 do referido processo (TC 2.445.07-29), restou demonstrado que a Câmara Municipal foi devidamente comunicada do referido convênio.

Ainda, nos autos do TC 2.465.07-36, conforme documentos de folhas 165/170, também restou comprovado que a Câmara Municipal foi devidamente comunicada.

Ademais, cumpre consignar que, em 29 de agosto de 2013, a SME publicou Edital de Chamamento Público para credenciamento de organizações, entidades e associações educacionais ou com atuação preponderante na área de educação. Com o acréscimo que todas as instituições devem estar cadastradas no Cadastro Municipal Único de Entidades Parceiras do Terceiro Setor (CENTS) permitindo maior transparência e rigor na realização dos convênios.

Finalmente, acerca das descrições das metas a serem atingidas, sobre a ausência de detalhamento do plano de trabalho, fixando metas, etapas e fases de execução, plano de aplicação de recurso etc., acompanhou o posicionamento dos órgãos técnicos, por considerar que os documentos de folhas

37 e seguintes (TC 2.445.07-29) não atenderam os objetivos fixados pela Lei 8.666/93 em seu artigo 116, parágrafo 1º e incisos.

Ressaltou também que não ficou estabelecido por meio do plano de trabalho o seu papel no alcance das metas a serem atingidas e cooperação que buscasse atender o interesse público e justificasse o convênio firmado.

Assim, em que pese a existência de diversos apontamentos que sob a ótica da Secretaria Geral poderiam ser relevados, também concluiu nos autos do TC 2.445.07-29 que os instrumentos em análise não merecem ser acolhidos, ainda que por motivo diverso, posto que descumprido requisito estabelecido no artigo 116, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93 quanto ao plano de trabalho, descrição de metas etc.

É o RELATÓRIO.

VOTO

Antes de adentrarmos aos fatos oriundos do presente processo, no tocante a interação entre a realidade empírica e os dados colhidos pela Auditoria desta Corte de Contas, pondero algumas considerações que não foram objeto de análise, porém, de suma relevância prática para a escolha tanto da modalidade de contratação, como pela importância de oferecer a comunidade vagas em creches e inclusão das crianças nos polos educacionais.

A educação é direito social, consagrado pelo artigo 6º, da Constituição de 1988, ao qual se contrapõe dever voltado ao Estado, à família e à sociedade, nos moldes do artigo 205 da Magna Carta.

Com efeito, o dever imposto ao Poder Público pela Constituição da República, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e por intermédio da Lei de Diretrizes e Base da Educação – de assegurar a universalidade do ensino básico e a igualdade de acesso e permanência nas escolas – não passará de mera falácia caso não haja condições efetivas de que o aluno possa, fisicamente, chegar à unidade educacional em que está matriculado sem que esteja obrigado a realizar esforços descomunais ou incompatíveis à sua condição peculiar de pessoa em fase de formação e desenvolvimento.

Igualdade e universalidade no acesso somente serão asseguradas caso o Poder Público adote providências efetivas no sentido de aproximar a oferta de vagas dos locais onde exista demanda.

Neste diapasão, apresentamos o magistério do Promotor de Justiça da Infância e Juventude de São Paulo e professor acadêmico, Motauri Ciocchetti de Souza, extraído da obra "Direito Educacional", Editora Verbatim, 1ª edição:

"Demais disso, a Lei Federal n.º9.394/96, em seu artigo 4º, X, consagra o dever do Estado de inserir a criança na unidade de ensino infantil ou fundamental mais próxima de sua residência, trazendo, no entanto, espúria limitação ao afirmar que a obrigação somente se dará a partir da data em que o infante completar quatro anos de idade – quando o comando advindo da Magna Carta há de estender-se, também, à etapa anterior do ensino infantil, destinado a petizes entre zero e três anos."

A Lei Federal n.º 10.172/01 instituiu o denominado Plano Nacional da Educação. Mencionado plano consagra diagnóstico e traça objetivos e metas a serem alcançadas nos diversos níveis de ensino. E consignou que até o ano de 2011 (no mínimo, 50% da população em idade de creche e 80% da população em idade pré-escolar), deveria ser atendida por meio da rede pública e privada.

A Prefeitura do Município de São Paulo apresentou o Programa de Metas 2013/2016 relacionado à expansão de vagas na Educação Infantil, cujo planejamento está ancorado em construções de unidades de educação infantil (Metas 16, 17 e 18) e parcerias com entidades sem fins lucrativos, visando a celebração de convênios para atendimento de crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade (Meta 19), tendo como diretrizes a priorização dos territórios com população em situação de maior vulnerabilidade social e dos distritos com menor taxa de frequência líquida. Considerando que o atendimento nas Creches/Ceis apresentou um aumento de 163,5% de 2002 a 2013 e que a demanda cadastrada necessita de agilidade no atendimento, o Governo Municipal optou pela institucionalização do convênio como forma rápida de colaboração com a sociedade civil para o atendimento da demanda por educação infantil, tendo em vista os princípios da economicidade e eficiência, impulsionando para uma política pública de educação infantil baseada nas relações de complementaridade, cooperação e articulação da rede pública e privada de serviços e de corresponsabilidade entre o poder público e a sociedade civil.

Como ilustração dos percentuais aplicados, temos que em 2010 havia 82.550 (oitenta e duas mil, quinhentos e cinquenta) vagas em creche conveniadas e em 2011 foram para 136.531 (cento e trinta e seis mil, quinhentas e trinta e uma) vagas nesta mesma modalidade de prestação de serviço educacional, fechando o ano de 2013 com 152.051 (cento e cinquenta e duas mil, e cinquenta e uma) vagas conveniadas.

Ainda, o Plano de Trabalho é submetido à aprovação da supervisão escolar da diretoria regional de educação e acompanhado pela Diretoria de Orientação Técnica (DOT) da SME.

O Poder Judiciário Paulista manifestou-se em sessão do dia 16 de dezembro de 2013; a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) decidiu, por unanimidade, condenar o Município de São Paulo a criar 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em educação infantil (creche e pré-escola) até 2016, sendo, no mínimo, 105 (cento e cinco) mil novas vagas em creche.

A decisão prevê também que seja garantida a oferta em tempo integral e cumpridos os parâmetros básicos de qualidade editados pelo Ministério da Educação (MEC) e previstos nas diretrizes curriculares do Conselho Nacional de Educação. Metade dessas vagas deverá ser assegurada no prazo máximo de 18 meses.

O Município foi condenado ainda a apresentar, no prazo de 60 dias após a publicação oficial de decisão, um plano detalhado contendo informações básicas sobre o ritmo, os locais e a modalidade de expansão. Esse plano servirá de base para o monitoramento da implementação da decisão pelo Judiciário, com o envolvimento de todos os fóruns regionais da cidade. Também foi determinada a inclusão de rubricas orçamentárias específicas, coerentes com o que estiver estabelecido no plano.

A condenação do Município é resultado do julgamento de duas Ações Civis Públicas que foram propostas entre 2008 e 2010 em nome das organizações que compõem o Movimento Creche para Todos, nos Foros Regionais de Santo Amaro e Jabaquara, na Capital. As ações têm caráter abrangente (coletivo), não estando restritas a um grupo específico de crianças ou a uma região da Cidade.

Na decisão, relatada pelo Desembargador Walter de Almeida Guilherme, destacou-se a necessidade do Judiciário exigir do poder público uma solução de conjunto, que envolva planejamento e seja efetivamente executada. O Desembargador mencionou, inclusive, que não estaria extrapolando o que foi posto como meta pelo próprio Prefeito, mas sim exigindo sua implementação com base nos direitos educacionais da população, comprovadamente violados.

Destaca no corpo da fundamentação do Venerando Acórdão o princípio da proibição do retrocesso social, como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo Poder Público, de direitos prestacionais:

"O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestação positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado."

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo aprovou desde 2011 três súmulas sobre a matéria, que já serviam de referência jurisprudencial:

Súmula 63: É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território.

Súmula 64: O direito da criança ou do adolescente a vaga em unidade educacional é amparável por mandado de segurança.

Súmula 65: Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

Destarte, o julgamento de um convênio realizado entre o Poder Público e entidades privadas, capacitadas para efetivar a prestação do serviço, deve ser analisado de acordo com a realidade imposta e com o norte dos princípios constitucionais.

Por todo o exposto, relevo as impropriedades detectadas pelos órgãos técnicos e julgo **REGULARES** os Convênios n.º 015/2007, 057/2007 e 060/2007, celebrados pela Secretaria Municipal de Educação, sem prejuízo das recomendações aqui elencadas.

Determino à Origem observar os apontamentos constantes da presente decisão quanto:

(i) à necessidade de melhor detalhamento do plano de trabalho, etapas e fases de execução para o alcance das metas a serem atingidas quando da celebração de convênios cujo objeto seja o mesmo ou semelhante ao objeto do Termo em epígrafe;

(ii) à obrigatoriedade de acompanhamento e fiscalização pela DRE competente da execução a contento dos objetivos e metas do convenio celebrado, considerando inclusive o plano de aplicação de recursos em contraposição à prestação de contas a ser apresentada pela conveniada.

(iii) recomendar ao Chefe do Executivo e à Câmara Municipal a realização de um marco regulatório específico, para tratar de convênios na área de educação.

(iv) determino à Subsecretaria de Fiscalização de Controle que promova o acompanhamento da execução dos convênios tratados no presente julgamento e por meio de amostragem regional dos convênios formalizados no último ano.

Oficiem-se às partes para ciência deste julgado.

Após as comunicações de praxe, **ARQUIVEM-SE** os autos.

Este é o meu voto, Senhor Presidente. **(2.736ª S.O.)**

Declaração de voto englobada apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim:

1) Os temas abordados nos 3 processos em apreço são similares, senão idênticos, ao examinados em vários outros em tramitação nesta Casa.

2) A questão fundamental em debate diz respeito à forma e aos procedimentos adotados pela Secretaria Municipal de Educação no atendimento às crianças na Educação Infantil, por meio de Creches Conveniadas.

3) Trata-se de matéria sem cunho inovador, mas que recentemente tem atraído minha atenção, de modo a ensejar uma reflexão mais profunda e alargada do instituto eleito pela SME.

4) Como resultado dos estudos encetados nessa área, tenho para mim que a direção apontada pelo Relator pode ser "in casu" agasalhada.

5) Permito-me tão somente aduzir as suas razões uma outra, que reconheço como de vital importância e que se refere à construção da política de utilização de convênios como instrumento de parceria na área da Educação Infantil, que foi introduzida pelo próprio Ministério da Educação – MEC, conforme orientação explicitada em documento publicado em 2009, assumindo o

modelo convênio como uma forma de assegurar o atendimento a um número maior de crianças. Dessa forma, Senhor Presidente, voto com o ilustre Relator.

Voto em separado englobado proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei:

Primeiramente é importante observar que os convênios da espécie encontram sua fundamentação nos dispositivos constitucionais que preconizam que a educação - **direito de todos** - será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, além de impor ao Estado, notadamente aos municípios, a obrigação de garantir educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

No Município de São Paulo, como é cediço, a demanda crescente por tais serviços levou a Administração a lançar mão das parcerias, mediante convênios com entidades da sociedade civil, sem fins lucrativos, de modo a ampliar a oferta de vagas destinadas à educação infantil, em especial creches.

Tais convênios, que de há muito vêm sendo firmados entre a Secretaria Municipal de Educação e entidades sem fins lucrativos, configuram acordos de vontade voltados à realização de objetivos comuns dos partícipes (oferecer educação infantil), os quais reúnem seus esforços, em regime de colaboração, para melhor realizarem sua missão institucional, ressaltando-se que tal colaboração, como bem ensina a doutrina pátria, pode se dar por várias formas, como, por exemplo, por meio do repasse de verbas destinadas ao custeio dos serviços prestados, como ocorre tanto nos convênios firmados na área da educação como também na área de assistência social.

A Secretaria Municipal de Educação construiu, ao longo do tempo, por força de sua competência legal e técnica no que diz respeito à educação infantil na cidade de São Paulo, um arcabouço de normas voltadas a disciplinar especificamente os serviços prestados por meio de referidas parcerias com instituições da sociedade civil, buscando, assim, estabelecer uma uniformidade de tratamento e de qualidade aos serviços prestados por intermédio da colaboração de referidas instituições.

Os convênios em comento, são pois, alguns entre as centenas de convênios mantidos pela Secretaria Municipal de Educação para disponibilizar à população os serviços de educação infantil/creche, sendo certo que é notória a existência de uma demanda reprimida por tais serviços.

Como pode ser constatado na documentação carreada aos autos, a formalização dos aludidos convênios seguiu exatamente o que dispunha na ocasião a Portaria nº 4023/05, da Secretaria Municipal de Educação,

que instituiu normas gerais para celebração de convênios com entidades, associações e organizações que atendam crianças na faixa etária da educação infantil.

O atendimento pelas organizações das exigências da referida Portaria e a aprovação de suas propostas de trabalho pela área técnica da SME são elementos suficientes, a meu ver, para justificar a formalização dos convênios.

Consoante denotam as informações lançadas nos autos, as instituições apresentaram à Secretaria de Educação suas propostas de convênio, acompanhadas de todos os elemento e informações exigidas pela referida Portaria 4679/2006, juntando seus planos de trabalho, que foram devidamente apreciados por técnicos da área e aprovados pela Coordenadoria de Educação competente.

Os valores dos repasses mensais às conveniadas, a meu ver, estão devidamente justificados, uma vez que seguiram os valores previamente definidos pela Secretaria Municipal de Educação, e utilizados para todos os convênios da espécie, sendo certo que tais valores, em razão da especialidade daquela Pasta na matéria, presumem-se sejam adequados. De todo modo, qualquer eventual dúvida acerca dos valores fixados pela SME para repasse de recursos às suas conveniadas, deve, a meu ver, ser objeto de procedimento próprio.

Os Planos de Trabalho das entidades, por sua vez, foram examinados e considerados aptos por técnicos da área, restando evidenciado que as metas a serem atingidas, considerando o tipo de serviço prestado, não poderiam ser outras senão as de dispensar cuidados, segurança, alimentação, saúde, cultura e lazer ao número de crianças previsto, de acordo com os procedimentos e normas legais que disciplinam a educação infantil.

Também não há que se falar, considerando os objetos das parcerias – prestação de um serviço de natureza continuada - na necessidade de previsão de etapas ou fases de execução e de previsão de contrapartida por parte das conveniadas. Na verdade, a contrapartida das organizações, nestes casos, consiste no próprio trabalho desenvolvido de acordo com as regras pré-fixadas, com o qual colabora a Administração, repassando-lhe recursos destinados ao custeio de despesas.

Discordo ainda do apontamento referente a não realização de prévio chamamento público para celebração dos convênios, o que estaria em contrariedade com o princípio da isonomia, uma vez que a possibilidade de firmar convênio para tais serviços está aberta a todas as entidades que preencham as condições impostas e apresentem sua proposta à Secretaria Municipal de Educação, a qual caberá avaliá-la em função da demanda

local e demais critérios técnicos previstos. Veja-se, nesse sentido, a página da Secretaria Municipal de Educação no sítio eletrônico da Prefeitura.

Assim, não vislumbro as irregularidades apontadas pelos órgãos técnicos desta Corte no que diz respeito à formalização dos aludidos convênios que, frise-se, inserem-se entre as centenas de convênios pelos quais a Secretaria Municipal busca expandir o número de atendimentos nos serviços de creches.

Impende ressaltar que não pretendo, com o entendimento exposto, dizer que não se aplicam a tais convênios as regras estabelecidas no artigo 116 da Lei nº 8.666/93, mas restringir sua aplicação naquilo em que for compatível com o objeto do convênio a ser formalizado.

Nesse sentido a lição da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in "Parcerias na Administração Pública", Atlas, 4ª edição, pg. 193:*

Na realidade, o art. 116 da Lei nº 8.666 não faz referência específica a "projeto", porém deixa mais ou menos implícita essa idéia, com a referência a "plano de trabalho", " etapas e fases de execução", "previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da execução das etapas ou fases programadas" (§ 1º, incisos III e VII).

.....

É evidente, contudo, que os convênios podem ter por objeto a prestação de serviços contínuos , desde que estejam presentes as características apontadas com relação aos ajustes dessa natureza; nesse caso, o art. 116 será aplicado naquilo que couber. "

Observo, por final, que o apontamento relativo à falta notificação do convênio à Câmara Municipal é questão já relevada por este Pleno em outras oportunidades, como ocorreu nos TCs 72.002.881.07.70 e 72.003.738.07.32.

Diante de todo o exposto, **ACOLHO** os Convênios em exame, eis que evidenciado que foram formalizados com observância das normas municipais que regem a matéria.

É o meu voto.