

TC 2.554/2012

ANÁLISE. CONVÊNIO. TERMOS ADITIVOS. SME. Implementação e implantação do “Projeto Rede” parte integrante do “Projeto Incluir”. Orientação e acompanhamento da inclusão educacional dos alunos com necessidades especiais. 1. O chamamento público é imprescindível, considerando a natureza dos serviços pretendidos e a possibilidade de existir outras instituições interessadas. 2. Plano de trabalho em desconformidade. Art. 116, § 1º, Lei 8.666/93. NÃO ACOLHIDOS. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação por maioria.

3.088ª Sessão Ordinária

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos nesta sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator, após determinação de Sua Excelência, na 3.077ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, tendo o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, votado na 2.982ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em não acolher o Convênio 327/2010, tendo em vista que a Secretaria Municipal de Educação não poderia prescindir do chamamento público, considerando a natureza dos serviços pretendidos e a possibilidade de existirem outras instituições privadas em situação equivalente; os convênios, a despeito de sua simplicidade, não podem prescindir da observância dos princípios previstos no artigo 37, "caput", da Carta Política, e artigo 3º da Lei Federal 8.666/93, cujos dispositivos são aplicáveis, no que couber, a essa modalidade de acordo, na expressa recomendação do artigo 116 do Diploma precitado; além disso, não restou demonstrada, de forma cabal, a "expertise" da conveniada e a conformidade do plano de trabalho com as normas aplicáveis, no que se refere ao valor do convênio, composição de custos, justificativas dos salários e a contrapartida que deveria ser prestada.

ACORDAM, também, à unanimidade, em não acolher os Termos de Aditamento 377/2011 e 001/2012, uma vez que foram lavrados com infringência ao artigo 61 da Lei Federal 4.320/64, pela não emissão tempestiva das notas de empenho em valor suficiente à cobertura das despesas assumidas pela Secretaria Municipal de Educação nos exercícios de 2011 e 2012; falhas na

apresentação dos comprovantes de regularidade fiscal e de ausência de impedimentos legais das pessoas participantes do projeto; além disso, o novo plano de trabalho não está em consonância com as normas aplicáveis, estabelecidas pelo artigo 116, § 1º, da Lei Federal 8.666/93; foram relevadas, contudo, as impropriedades meramente formais.

ACORDAM, entretanto, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, consoante voto proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, considerando o fato de não haver nos autos notícias de prejuízo ao erário, tampouco indicação de que a conveniada não teria cumprido o avençado, bem como diante do tempo decorrido desde o encerramento do convênio (setembro/2010), em aceitar os efeitos financeiros, sem imposição de penalidades aos responsáveis, por ausência de indícios de dolo ou má-fé.

Vencidos os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e MAURÍCIO FARIA, que não aceitaram os efeitos financeiros produzidos e aplicaram multa aos responsáveis.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de março de 2020.

JOÃO ANTONIO
Presidente, com voto

EDSON SIMÕES
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

O presente TC focaliza o Convênio 327/SME/2010, firmado entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM, objetivando a implantação e implementação do Projeto Rede, parte integrante do Projeto Inclui, destinado ao

oferecimento de serviço de apoio aos alunos com quadros de deficiências, transtornos globais de desenvolvimento e super dotação/altas habilidades, matriculados na Rede Municipal de Educação.

O exame, nesta órbita processual, abrange também os Termos de Aditamentos 377/2011 e 001/2012, ambos dispondo sobre alterações no Ajuste Original.

Na análise do primeiro Instrumento, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou em resumo as seguintes irregularidades:

- ausência de justificativa para a escolha da celebração do Convênio, infringindo o artigo 116, "caput", da Lei Federal 8.666/93¹, combinado com o artigo 2º, inciso I, do Decreto Municipal 44.279/03², e ao princípio da motivação do ato administrativo;

- formalização do Convênio antes da publicação do Decreto Municipal, que cria e regulamenta o Programa Inclui – Projeto Rede;

- ausência de chamamento público, com a indicação de detalhamento dos serviços e de critérios objetivos para escolha da Entidade, agredindo o princípio da isonomia e artigos 5º e 6º do Decreto Municipal 40.384/01³;

- não demonstração da "expertise" da Conveniada para execução do objeto do Convênio;

- desconformidade do Plano de Trabalho com as normas do artigo 116 da Lei Federal 8.666/93 ("caput" e § 1º inciso II)⁴, com destaque para a falta de cláusula de valor, composição de custo, salários do pessoal técnico, não contemplação de metas em toda extensão do objeto, estipulação da contrapartida da Entidade sem mensuração financeira;

- não apresentação de documentos relativos aos tributos imobiliários, à contribuição previdenciária devida ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e ao recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS administrado pela Caixa Econômica Federal – CEF.

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 § 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: (...) II - metas a serem atingidas;

As irregularidades dos Aditamentos 377/2011 e 001/2012 reportam-se a alguns daqueles apontamentos, entre outros, bem assim a não emissão de Nota de Empenho em valor suficiente à cobertura das despesas assumidas, infringindo o artigo 61 da Lei Federal 4.320/64⁵, e publicação extemporânea, tudo conforme está detalhado nos Relatórios de fls. 1050 a 1080v. e no endosso da Chefia da respectiva Coordenadoria (fls. 1081/1083v).

A Secretaria Municipal de Educação encaminhou, em defesa, o Ofício 246/2013-SME-AJ, instruído de informações e esclarecimentos de suas unidades competentes, e, notadamente, o parecer de sua Assessoria Jurídica, no qual analisa e rebate os questionamentos, com base naqueles elementos fáticos e técnicos (fls.1109/1303).

À sua vez, Célia Regina Guidon Falótico, indicada também como responsável, apresentou a defesa de fl. 1307, em que reitera a manifestação da Pasta, observando, ainda, que o Convênio foi celebrado com Instituição de inquestionável reputação e experiência, desenvolvendo o projeto com alto grau de eficiência e satisfação da comunidade escolar, enquanto a Conveniada Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM apresentou a defesa de fls. 1385/1406, instruída dos documentos de fls. 1407/1472, comprovando sua regularidade fiscal, informando não possuir membros do Legislativo, Judiciário, Ministério Público e do Tribunal de Contas, e demais servidores vinculados à Entidade Conveniente, além de demonstrar a aprovação do Convênio pelo Conselho Deliberativo.

Todas essas defesas foram apreciadas pela Unidade Auditora, que ratificou suas impressões iniciais sobre as irregularidades assinaladas, excetuando a não demonstração da aprovação do Convênio pelo Conselho Administrativo da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM e sobre a deficiência da representação (fls. 1475/1482).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em parecer de lavra de sua Assessora Valeria Cristiane Figueiredo, secundou as conclusões da Auditoria, com os reparos quanto a não demonstração da aprovação do Conselho Administrativo da Associação e sobre a representação da Conveniada, ao passo que a Assessora Subchefe entendeu adequada a modalidade optada pela Secretaria, a despeito de existirem outras formas de Parceria e, ainda, da insuficiência de legislação em nível municipal. Considerou, no entanto, imprescindível a realização do chamamento público, para cumprimento dos princípios da isonomia e da impessoalidade, observando, ainda, que a emissão da Nota Fiscal insuficiente para o exercício se deve aos problemas havidos para liberação quadrimestral das cotas orçamentárias. No mais acompanhou o parecer precedente de sua Assessora, concluindo pela irregularidade do Convênio e respectivos Aditivos, sendo que a publicação extemporânea é passiva de relevação (fls. 1484/1487v).

⁵ 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.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, rebatendo os argumentos das Unidades antes citadas, destacou a necessidade dos serviços, sua correta prestação, idoneidade e respeitabilidade da Conveniada, ausência de reparos aos valores praticados e de indícios de desvios do dinheiro público e de má fé dos agentes, o caráter formal das impropriedades havidas, opinando, a final, pelo acolhimento de todos os Ajustes ou, alternativamente, pelo reconhecimento dos efeitos jurídicos e patrimoniais produzidos (fls. 1489/1495).

A Secretaria Geral, na análise detida de toda instrução e informação dos autos, opinou pela irregularidade de todos os Ajustes (fls. 1496/1502 e 1503).

É o relatório.

VOTO

A celebração de Convênios pelos órgãos ou entidades da Administração Pública tem previsão legal no artigo 116 da Lei Federal 8.666/93, desde que observados os requisitos e condições estabelecidos em seu parágrafo primeiro, bem assim aqueles ditados nos demais parágrafos.

Marçal Justen Filho conceitua o **"convênio administrativo"** como **"instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe. No convênio, a assunção de deveres destina-se a regular a atividade harmônica de sujeitos integrantes da Administração Pública, que buscam a realização de um mesmo e idêntico interesse público"** (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 7ª edição, 2000, pag. 668).

Para o Prof. Hely Lopes Meirelles, de saudosa memória, **"convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes"**.

O mesmo autor esclarece que o Convênio, conquanto acordo, não é Contrato, onde as partes têm interesses diversos e opostos, ao passo que naquele os partícipes têm interesses comuns e coincidentes (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 29ª edição, 2004, pag. 387, nº 8.1).

Como visto, os Convênios Administrativos não se restringem, portanto, a entidades integrantes da Administração Pública, pois são perfeitamente admissíveis acordos entre órgãos públicos e entidades particulares, desde que os interesses sejam comuns e equivalentes.

É o caso destes autos onde se verifica a participação de

Entidade Pública – Secretaria Municipal de Educação – e uma Associação particular instituída para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM.

Conquanto a legislação seja ainda bastante lacônica quanto ao regramento do Convênio Administrativo, o acordo em exame se enquadra na modalidade prevista no preceito atrás referido, e na legislação citada no Despacho de Autorização de fl. 412, sobejando a disposição do artigo 208 da Constituição de 1988, inciso III, que obriga o atendimento especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Bem por isso, não vislumbrei ilegalidade na escolha do Instrumento analisado, assistindo, nesse particular, razão à douta Subchefia da Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 1486v.) e à parecerista da Secretaria Geral (fl. 1489), considerando os objetivos pretendidos, embora houvesse outras formas jurídicas que poderiam ser utilizadas para sua execução.

Sem embargo, a Secretaria Municipal de Educação não poderia prescindir do chamamento público, considerando a natureza dos serviços pretendidos e a possibilidade de existir outras instituições privadas em situação equivalente.

No caso, houve inequivocamente inobservância dos princípios estatuídos no artigo 3º da Lei Federal 8.666/93, sobremaneira os princípios da impessoalidade, moralidade e probidade administrativa.

Essa questão foi analisada laconicamente pela Secretaria Municipal de Educação, que se limitou à justificativa de envio de Ofícios a UNIFESP, Faculdade de Medicina do ABC, FM-USP e Santa Casa, além da Conveniada, que, a meu ver, não suprem aquelas exigências regulamentares nos projetos oficiais do Governo, sem embargo da informação de que apenas a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM respondeu ao ofício recebido.

Realmente, na justa observação da parecerista da Secretaria Geral, *verbis*:

"não há espaço para análise de critérios de conveniência e oportunidade, mas apenas da verificação em critérios objetivos e devidamente comprovados, da melhor proposta apresentada tanto no que se refere aos custos, quanto no que tange à eficiência, elementos estes intimamente relacionados com o alcance do interesse público na espécie e passíveis de comprovação fática.

Para tanto, é preciso que a Administração dê ciência às entidades do terceiro setor, relacionadas ao objeto pretendido e realize chamamento público, com regras predefinidas de análise de propostas, ainda que não necessariamente realize procedimento licitatório, nos termos das

regras previstas na Lei Federal 8.666/93" (fls. 1499v./1500).

Em outras palavras, os Convênios, a despeito de sua simplicidade, não podem prescindir da observância dos princípios previstos no artigo 37, "caput", da Carta Política, e artigo 3º da Lei Federal 8.666/93, cujos dispositivos são aplicáveis, no que couber, a essa modalidade de acordo, na expressa recomendação do artigo 116 do Diploma precitado.

Nem prospera o argumento, lançado pela Pasta, de inexigência legal para a instauração do chamamento público, considerando que existem entidades do Terceiro Setor aptas a participar de projetos oficiais similares àquele em exame.

A par disso, como anotou a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, não restou demonstrada, de forma cabal, a "expertise" da Conveniada e a conformidade do plano de trabalho com as normas aplicáveis, no que se refere ao valor do Convênio, composição de custos, justificativas dos salários e a contrapartida que deveria ser prestada.

À sua vez, os Termos de Aditamento 377/2011 e 001/2012 foram lavrados com infringência ao artigo 61 da Lei Federal 4.320/64, pela não emissão tempestiva das Notas de Empenho em valor suficiente à cobertura das despesas assumidas pela Secretaria Municipal de Educação nos exercícios de 2011 e 2012, a par de falhas na apresentação dos comprovantes de regularidade fiscal e de ausência de impedimentos legais das pessoas participantes do projeto, além de que o novo plano de trabalho não está em consonância com as normas aplicáveis, estabelecidas pelo artigo 116, § 1º, da Lei Federal 8.666/93.

Assim, respaldado nos demais apontamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e alicerçado nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral, aos quais me reporto como partes integrantes deste pronunciamento, NÃO ACOLHO o Convênio 327/SME/2010 e respectivos Aditamentos 377/2011 e 001/2012, relevando, contudo, as impropriedades meramente formais.

Aplico aos responsáveis a multa de R\$ 740,00 (setecentos e quarenta reais), prevista nos artigos 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, e 86, inciso II, do Estatuto Regimental.

É o voto.

**VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro
EDSON SIMÕES**

ACOMPANHO o Relator quanto ao NÃO ACOLHIMENTO DO CONVÊNIO e dos respectivos TERMOS DE ADITAMENTO.

CONTUDO, considerando o fato de não haver nos autos notícias de prejuízo ao Erário, tampouco indicação de que a Conveniada não teria cumprido o avençado, bem como diante do tempo decorrido desde o encerramento do convênio (setembro/2010), ACEITO OS EFEITOS FINANCEIROS, sem imposição de penalidades aos responsáveis, por ausência de indícios de dolo ou má-fé.

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO

Trago à colação, para fins de desempate, voto relativo ao Convênio 327/2010, firmado entre a Secretaria Municipal de Educação e a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina, bem como dos TAS 377/2011 e 001/2012.

Na Sessão Ordinária 2.982^a, o Conselheiro Roberto Braguim, na qualidade de Relator, não acolheu o Convênio em referência e os respectivos Aditamentos, relevando, contudo, as impropriedades meramente formais, aplicando, aos Responsáveis, multa no valor de R\$ 740,00.

O Relator foi acompanhado, na integralidade, pelo Conselheiro Maurício Faria.

O Conselheiro Edson Simões, Revisor da matéria, divergiu do Cons. Relator em relação aos efeitos financeiros e à imposição de multa aos responsáveis, tendo em vista a ausência de notícia de prejuízo ao erário, bem como a indicação de que a Conveniada cumpriu o avençado e, ainda, diante do logo tempo transcorrido desde o encerramento do convênio, aceitando assim os efeitos financeiros dos ajustes, sem imposição de penalidades aos Responsáveis.

Por sua vez, o Conselheiro Domingos Dissei acompanhou, na totalidade, o voto do Revisor.

Registrado o empate em relação à aceitação dos efeitos financeiros e à imposição de penalidades aos Responsáveis, avoquei os autos para decisão.

FUNDAMENTO E DECIDO

Entendo que assiste razão ao Conselheiro Revisor, Edson Simões, quanto à aceitação dos efeitos financeiros, bem como em relação ao afastamento da aplicação de penalidades aos responsáveis, uma vez que não há, nos autos, evidências de danos ou prejuízo ao Erário, e ainda de dolo ou má-fé dos agentes públicos envolvidos.

Cabe considerar, outrossim, o tempo decorrido de mais de nove anos do encerramento do Convênio sem notícias de que a Conveniada tenha descumprido o avençado, destacando-se que o não acolhimento dos ajustes decorreu da ausência de realização de chamamento público por parte da Origem.

Diante do exposto, acompanho o voto do Revisor, para aceitar os efeitos financeiros decorrentes dos ajustes em exame e, por consequência, afasto a imposição de penalidades aos Responsáveis, uma vez que não houve demonstração de dolo ou má-fé dos agentes públicos envolvidos, bem como por não haver notícias de que os serviços não tenham sido entregues pela Conveniada.

PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO

Por unanimidade NÃO SÃO ACOLHIDOS o Convênio 327/2010, firmado entre a Secretaria Municipal de Educação e a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM e os TAs 377/2011 e 001/2012.

Por maioria, SÃO ACOLHIDOS os efeitos financeiros dos termos em julgamento, ficando afastada a imposição de multa aos Responsáveis, nos termos do voto do Revisor.

Vencidos, quanto a estes itens, os Conselheiros Roberto Braguim, Relator e Maurício Faria.