TC nº 72-002.616.12-87

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONVÊNIO. SMADS. Serviços denominados de Abrigo para Crianças e Adolescentes. Ausências em relação ao Quadro de Pessoal e à substituição de pessoal em férias ou licenças, bem como à não apresentação dos comprovantes de pagamentos de salários. Efetuada a retenção de repasses pela Origem. Convênio rescindido por descumprimento do ajuste. ACOLHIDO excepcionalmente. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72-002.617.12-40 e 72-002.616.12-87

303ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

Trânsito em julgado: 23/05/2017

D E C I S Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72-002.617.12-40 e 72-002.616.12-87 e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

Considerando que os elementos constantes dos autos demonstram que as unidades da Secretaria agiram corretamente, assegurando a prestação do serviço, a despeito de falhas pontuais.

Considerando que a situação quando se tornou de maior gravidade, v.g. descumprimento de obrigações legais e conveniais por parte da entidade, com prejuízo ao interesse público, houve a rescisão da avença pela Pasta.

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 excepcionalmente a execução convenial.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

Presentes o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO e a Procuradora CLAUDIA ADRI DE VASCONCELLOS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 28 de setembro de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trago a julgamento conjunto os processos TC 72-002.616.12-87 e TC 72-002.617.12-40, pela conexão das questões enfrentadas, pois nesses expedientes foram realizadas a análise formal e o acompanhamento da execução do Convênio 163/2009 e seus Termos de Aditamento 001/2009, 002/2009, 002/2010, 003/2010, 004/2010, 001/2011, 002/2011, 003/2011, 001/2012, cujo objeto é a prestação de serviços de abrigamento para crianças e adolescentes na faixa etária de 0 a 17 anos e 11 meses, no Distrito de GRAJAU do Centro de Referência de Assistência Social – CRAS Regional de Capela do Socorro, com repasse mensal inicial de R$ 42.347,12 (quarenta e dois mil, trezentos e quarenta e sete reais e doze centavos). Passo a relatar os correspondentes autos.

No âmbito do TC 72-002.617.12-40, de análise formal, manifestou-se inicialmente a Auditoria apontando as seguintes irregularidades em relação ao Convênio 163/SMADS/2009:

a) Ausência de reserva orçamentária em momento anterior à abertura do edital de chamamento;

b) Ausência de publicação da convocação para a Audiência Pública em jornal de bairro;

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

d) Ausência de comunicação da celebração do Convênio à Câmara Municipal de São Paulo;

e) Publicação extemporânea do extrato do Termo de Convênio.

Após a análise formal do convênio, foram examinados pela Auditoria os respectivos Termos de Aditamento.

As seguintes constatações são comuns a todos os Termos de Aditamento, apontadas como irregularidades:

a) Publicação em desacordo com a Portaria 146/05 SMG, fazendo com que o termo de aditamento não conste do Sistema Radar;

b) Não divulgação do aditamento na página eletrônica da Municipalidade;

c) Derivação de conveniamento com apontamentos de irregularidades.

Outros pontos foram suscitados pelo exame realizado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, sendo certo que foram verificadas as seguintes falhas:

a) Certidão de Regularidade do FGTS-CRF vencida por ocasião da formalização do Termo de Aditamento 001/2009;

b) Certidão de Regularidade do FGTS-CRF não foi apresentada por ocasião da celebração do Termo de Aditamento 004/2010;

c) Certidão de Regularidade do FGTS-CRF e a Certidão Negativa de Débitos não foram apresentadas na celebração dos Termos de Aditamento 002/2010, 001/2011, 002/2011 e 001/2012;

d) Publicação dos Termos Aditivos 002/2010, 003/2010 e 004/2010 foi extemporânea;

e) Insuficiência do empenho para a cobertura das despesas do exercício, quando da formalização dos Termos de Aditamento 004/2010 e 003/2011.

Em seguimento da instrução, a Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se acompanhando os apontamentos oriundos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, considerando não haver, até esse ponto da instrução, questão jurídica a ser resolvida ou acrescida. Apenas ressalta que alguns dos apontamentos poderiam, de plano, ser superados.

O primeiro é a inexistência de dever dos órgãos públicos de remeter os convênios celebrados à Câmara Municipal, por inaplicabilidade do art. 116, § 2º da Lei Federal 8.666/93, tese esta já incorporada à jurisprudência desta Corte de Contas.

Em relação à insuficiência de empenho, pondera o Assessor Subchefe que as regras de empenhamento devem ser adequadas às peculiaridades dos convênios, cujo desembolso se dá conforme a execução do plano de trabalho, sendo a mera insuficiência, sem dolo, má-fé, ou prejuízo ao Erário, questão passível de relevação.

Por derradeiro, considera que a publicação extemporânea e a ausência de divulgação na página eletrônica não são capazes de conduzir à irregularidade do ajuste.

A fim de possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa, foram intimadas a Origem, a Ordenadora da Despesa à época dos fatos e a Entidade Conveniada, para se manifestarem nos autos.

A Secretaria Municipal de Desenvolvimento e Assistencial Social apresentou manifestação que, em síntese, afirma o que segue:

a) O empenhamento não precisa ser realizado previamente à publicação do edital de chamamento, sendo suficiente que seja realizado antes da celebração do convênio, como ocorreu no caso em tela;

b) A publicação em jornal de bairro é suprida pela publicação em jornal de grande circulação, que foi realizada, como previsto no Decreto Municipal 43.698/03;

c) Não houve formalização do ato, mas houve designação da servidora Maria Lucia Ferrari para realizar o acompanhamento da execução do ajuste;

d) Não há obrigatoriedade de envio do Convênio para ciência da Câmara dos Vereadores;

e) A publicação extemporânea é impropriedade formal que não compromete a regularidade do Convênio;

f) A Certidão de Regularidade do FGTS-CRF ainda estava válida por ocasião da formalização do Termo de Aditamento 001/2009;

g) A publicação efetuada nos moldes do Sistema Radar e a disponibilização no site da Prefeitura passaram a ser efetuadas somente a partir de julho de 2010, não sendo ambas requisito de validade do ato;

h) A Certidão de Regularidade do FGTS-CRF e a Certidão Negativa de Débitos foram apresentadas após a celebração do Termo de Aditamento 002/2010, a situação excepcional se deveu ao fato das vagas previstas possuírem caráter emergencial;

i) A Certidão de Regularidade do FGTS-CRF foi apresentada e estava vigente por ocasião da celebração do Termo de Aditamento 004/2010;

j) O empenhamento foi realizado de acordo com a liberação da cota orçamentária inicial, de quatro meses, conforme Decreto Municipal 52.394/2012;

k) A Certidão de Regularidade do FGTS-CRF estava vigente quando da celebração do Termo de Aditamento 001/2011, sendo que a Certidão Negativa de Débitos foi apresentada com quatro dias de atraso;

l) A Certidão de Regularidade do FGTS-CRF e a Certidão Negativa de Débitos foram apresentadas e estavam vigentes quando da celebração do Termo Aditivo 002/2011;

m) A Certidão de Regularidade do FGTS-CRF estava vigente quando da celebração do Termo de Aditamento 001/2012, sendo que a Certidão Negativa de Débitos foi apresentada com vinte dias de atraso; Alda Marco Antônio, ex-Secretária Municipal, na qualidade de ordenadora de despesa à época dos fatos, trouxe esclarecimentos, no mesmo sentido que a Municipalidade, ressaltando o caráter essencial dos serviços, que não poderiam ser interrompidos, ao passo em que houve zelo com o Erário, pois as falhas constatadas não impediram que as finalidades públicas fossem alcançadas, cabendo aprimoramento, todavia, dos procedimentos internos.

A entidade União dos Moradores da Comunidade Sete de Setembro deixou transcorrer in albis o prazo assegurado para apresentação de eventual defesa, conforme certificado nos autos.

Tornados os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, após a apresentação das defesas, a Auditoria considerou, em relação ao Termo de Convênio, em ressalva, que por decisão do Pleno desta Corte de Contas, não há obrigação de dar ciência da celebração convenial à Câmara Municipal. Excetuado tal item, manteve todos os demais apontamentos de irregularidade.

No tocante aos Termos Aditivos 001/2009, 004/2010, 001/201, 002/2011 e 001/2012, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou que a apresentação da Certidão de Regularidade do FGTS-CRF e/ou da Certidão Negativa de Débitos foi extemporânea, mas que os documentos trazidos eram aptos a comprovar a regularidade fiscal da Entidade Conveniada à época em que foram firmados os aditivos, razão pela qual considera releváveis tais falhas.

Contudo, as demais impropriedades que atingiam todos os termos de aditamento foram consideradas subsistentes, sendo ratificado o posicionamento já externado pela Auditoria.

Seguindo a instrução processual, os autos foram submetidos a uma nova análise da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que opinou no sentido de que o Convênio e seus Aditamentos deveriam ser considerados irregulares, pois muito embora houvesse pontos passíveis de superação, como constante de sua primeira manifestação, havia a caracterização de infrigências suficientes para o não acolhimento dos ajustes.

A Procuradoria da Fazenda Municipal ponderou que as impropriedades constatadas possuem caráter formal, cabendo a possibilidade de relevação, mormente em razão de militar, em favor dos atos praticados, a presunção de validade e eficácia, na ausência de comprovação de que tenha havido prejuízo ao erário. Traz à baila, como fundamentação, precedentes desta Corte, em que falhas

similares foram relevadas. Subsidiariamente, o Órgão Fazendário pleiteia que, em caso de juízo de irregularidade do ajuste, sejam ao menos reconhecidos os efeitos financeiros decorrentes.

Encerrando a instrução processual do primeiro expediente analisado, a Secretaria Geral acompanhou o entendimento manifestado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, em relação aos apontamentos passíveis de relevação, acrescendo, ainda, outros pontos que considera justificados e/ou esclarecidos, da seguinte forma:

Embora fosse necessária a publicação do chamamento para a audiência pública em jornal de bairro, a publicidade foi alcançada pela publicação em jornal de grande circulação e no Diário Oficial, podendo assim a impropriedade ser relevada.

Quanto à designação de Representante da Administração, embora a formalização do ato não tenha ocorrido, o acompanhamento foi efetivado por servidora habilitada para tanto, sendo o apontamento superado.

Por fim, quanto à questão da não disponibilização das informações no formato expresso pela Portaria 146/05 SMG, fazendo com que os termos de aditamento não constassem do Sistema Radar, pondera que a falha dificulta o controle externo, mas não causa dano à execução do Convênio.

A Secretaria Geral, em conclusão, opina pelo acolhimento do Convênio 163/SMADS/2009 e de seus respectivos Termos Aditivos.

Passando ao TC 72-002.616.12-87, que trata da execução do Convênio 163/SMADS/2009, a primeira manifestação da Auditoria constatou o seguinte:

a) A Conveniada não vem mantendo o Quadro de Pessoal aprovado pela Portaria 46/SMADS/2010, sendo que este fato não vem sendo observado pela fiscalização da execução feita pela Origem;

b) A Conveniada não vem substituindo os funcionários em licenças ou férias, sendo que este fato não vem sendo observado pela fiscalização da execução feita pela Origem;

c) Ausência dos comprovantes de pagamentos de salários de funcionários constantes nas DESPs de maio e junho/12.

Em seguida, manifestou-se a Assessoria Jurídica de Controle Externo, afirmando que naquele momento processual não vislumbrava questão jurídica a ser resolvida ou acrescida em relação aos apontamentos trazidos pela Auditoria, propondo a intimação dos interessados.

Em respeito ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, foram intimadas a Origem, a Ordenadora da Despesa à época dos fatos e a Entidade Conveniada, para se manifestarem nos autos.

Manifestou-se a Secretaria Municipal de Desenvolvimento e Assistência Social, em relação ao Quadro de Pessoal mantido e às substituições não efetuadas, afirmando que a eventual falta de funcionários é inevitável, mas que as ausências foram temporárias e devidamente registradas. Todavia, afirma que houve apontamento de irregularidades na supervisão dos serviços, sem que a Entidade Conveniada encetasse as providências cabíveis, razão pela qual foi instaurado processo administrativo que culminou com a rescisão do convênio em abril de 2013.

Em conclusão, no tocante aos comprovantes de pagamento de salários aos funcionários, afirma que os documentos são conferidos, mas não restam retidos junto ao processo de prestação de contas, ficando sob a guarda da Entidade Conveniada. Alda Marco Antônio, ex-Secretária Municipal, na qualidade de ordenadora de despesa à época dos fatos, reiterou os pontos já abordados pela Origem e ressaltou o caráter relevante do serviço prestado e da ausência de má-fé, dolo ou qualquer outra irregularidade na conduta dos servidores envolvidos.

A Entidade Conveniada, apesar de regularmente intimada, não se manifestou, deixando transcorrer in albis o prazo assinalado para apresentação de eventuais esclarecimentos.

Voltando os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Auditoria considerou todos os apontamentos como subsistentes, não sendo as manifestações apresentadas hábeis a saná-los ou afastá-los.

Seguindo a instrução, a Assessoria Jurídica de Controle Externo apresentou parecer em que manifesta integral concordância com o entendimento esposado pela Auditoria, opinando pelo não acolhimento da execução do Convênio 163/SMADS/2009.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento da execução convenial ponderando que servidores agiram conforme a legislação aplicável à espécie e que as falhas possuem caráter eminentemente formal. Salientou, ademais, que não foi constatado pagamento indevido à entidade Conveniada, tendo sido os serviços efetivamente prestados. Subsidiariamente, pleiteou o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opinou pelo não acolhimento da execução convenial, com fundamento nas manifestações precedentes da Auditoria e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, para as quais considera não haver nada a acrescentar. Todavia, ponderou a possibilidade de a Relatoria eventualmente reconhecer os efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste, conforme pleiteado pela Procuradoria da Fazenda Municipal.

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

É necessário destacar, preliminarmente, que o Convênio 163/SMADS/2009 instrumentalizou uma parceria entre o Poder Público e a Entidade Conveniada, sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de acolhimento institucional para uma população vulnerável, qual seja, crianças e adolescentes na faixa etária de 0 a 17 anos e 11 meses.

Como segundo ponto preliminar, necessário se faz registrar que, não obstante os apontamentos trazidos pela Auditoria, há nos correspondentes autos elementos que aconselham a prudência do Julgador na análise das questões trazidas nos presentes autos.

Como já me pronunciei em julgamentos anteriores de convênios no âmbito da assistência social, em razão de se tratar de avença na forma de convênio, deve haver a aplicação mais branda do ordenamento jurídico em relação às falhas e infringências de natureza formal que remanesceram não relevadas pelos Órgãos preopinantes desta Corte. Além disso, é possível constatar que, em sua grande maioria, as justificativas se demonstraram pertinentes e razoáveis em face das normas infralegais aplicáveis à espécie, não assumindo as impropriedades correlação com eventuais prejuízos ao Erário. Feita estas ponderações iniciais, passa-se à análise das infringências referentes à celebração do Convênio, tidas como subsistentes pelos Órgãos Técnicos, mesmo diante das defesas apresentadas.

Os apontamentos que sobejaram como possíveis irregularidades, na visão da Auditoria e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, foram os seguintes, em relação ao Convênio 163/SMADS/2009:

a) Ausência de publicação da convocação para a Audiência Pública em jornal de bairro;

b) Ausência de designação de representante da Administração para o acompanhamento da execução. Sobre tais pontos, é necessário considerar que a observância da formalidade constitui requisito de validade do ato administrativo, constituindo-se em garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração.

Todavia, como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A obediência à forma não significa, no entanto, que a Administração esteja sujeita a formas rígidas e sacramentais”.

Assim, é possível mitigar os efeitos da inobservância das formas, em prol do atingimento da finalidade de consecução de um resultado de interesse público.

O pensamento da referida doutrinadora é plenamente aplicável aos dois pontos ora examinados, como já constante da manifestação da Secretaria Geral. De fato, a Portaria SMADS determina a publicação da convocação para a Audiência Pública em jornal de bairro, mas a formalidade não pode ser vista como um fim em si mesmo.

E, no caso, a finalidade da publicação em veículo de comunicação local buscava atingir o maior número de potenciais interessados, o que também é alcançado pelas publicações que foram devidamente realizadas em jornal de grande circulação e no Diário Oficial. Como houve publicidade de relevante alcance com as publicações efetivadas, tanto que houve a apresentação de proposta da Entidade Conveniada, apta a preencher os requisitos do serviço, a preterição da formalidade do ato de divulgação pode ser relevada.

Em relação à ausência de designação de representante da Administração para o acompanhamento da execução do Convênio, constata-se também ser esta falha de caráter predominantemente formal, cuja superação é possível. Isso porque da análise da execução da avença consta a apresentação de relatórios periódicos, firmados por agente público responsável, demonstrando que houve efetiva supervisão das atividades da Entidade Conveniada.

Encerrado o exame dos aspectos atinentes à celebração do Convênio, passo a analisar a execução do ajuste, objeto do TC 72-002.616.12-87, para a qual os Órgãos Técnicos apontaram infringências, consideradas subsistentes mesmo com os esclarecimentos prestados.

De fato, houve apontamentos de ausências em relação ao Quadro de Pessoal e à substituição de pessoal em férias ou licenças, bem como à não apresentação dos comprovantes de pagamentos de salários, por ocasião da diligência da Auditoria.

Todavia, foi constatado e registrado em relatório exarado pela Auditoria que os serviços estavam sendo regularmente prestados, havendo vários indicadores comprobatórios do cumprimento das finalidades para as quais o termo convenial foi firmado. Da mesma forma, consta que houve acompanhamento dos serviços com a elaboração das devidas planilhas que compõem o Relatório Mensal de Supervisão – RESUP. Assim, os achados de Auditoria possuem caráter mais formal que efetivamente material, não logrando comprometer de imediato a execução do ajuste, já que as falhas pontuais não impediram que os serviços fossem prestados e atendidas as necessidades de abrigamento da população alvo.

Em acréscimo, é necessário registrar que a partir do momento em que a Entidade Conveniada deixou de cumprir com suas obrigações legais e conveniais, faltando, por exemplo, com o pagamento a funcionários, a

Origem reteve os repasses do Termo do Convênio, exigindo regularização, conforme consta dos autos (fls. 131), tendo a Entidade Conveniada até mesmo ingressado com medida judicial buscando compelir a Municipalidade a efetuar os repasses. Consta ainda dos autos que tendo a Origem demandado providências da Entidade Conveniada, que não foram encetadas, persistiu a situação de retenção de repasses e, então, de descumprimento do ajuste.

A Supervisora Técnica responsável pelo acompanhamento do convênio comunicou tal situação à Coordenação, propondo a rescisão com a publicação de novo edital de chamamento (fls. 286/287). Tal proposta foi acolhida e instaurado o processo administrativo, com o estabelecimento do necessário contraditório, sendo ao final o convênio rescindido.

Ou seja, tais elementos constantes dos autos demonstram que as unidades da Secretaria agiram corretamente, assegurando a prestação do serviço, a despeito de falhas pontuais, e, quando a situação se tornou de maior gravidade, com prejuízo ao interesse público, houve o devido enfrentamento do problema, com a rescisão da avença.

Por tais razões, considerando que os elementos trazidos aos autos não permitem vislumbrar prejuízo ao Erário ou condutas indevidas por parte de agentes públicos, havendo sido registradas apenas questões pontuais, sem comprometimento de prestação dos serviços, é possível acolher excepcionalmente a execução do ajuste.

Diante do exposto, ACOLHO EXCEPCIONALMENTE o Convênio 163/2009, os Termos de Aditamento 001/2009, 002/2009, 002/2010, 003/2010, 004/2010, 001/2011, 002/2011, 003/2011, 001/2012, e a respectiva execução da avença.