EM TRAMITAÇÃO

TC 72-002.824.11-13

ANÁLISE. CONVÊNIO. SME. Atendimento às crianças por meio de Centro de Educação Infantil. Creche. Ausências: de justificativa para a celebração de Convênio, de Chamamento Público para a escolha da Conveniada, de extratos bancários de conta corrente única e específica, de Laudo do Corpo de Bombeiros. Autorização de funcionamento extemporânea. Falhas relevadas. Precedentes. ACOLHIDO. DETERMINAÇÕES. Votação unânime

2.821ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher o Convênio 075/SME/2011-RI.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Educação – SME que:

No presente convênio:

I – Adote conta bancária específica.

Nos futuros convênios:

II – Promova a providência indicada no item I;
III – Exija o competente laudo do Corpo de Bombeiros;
IV - Observe o prazo legal para requerer a autorização de funcionamento.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de julho de 2015.

EDSON SIMÕES
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se da análise do Convênio 075/SME/2011-RI, firmado entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e a Instituição Beneficente Pérsio Guimarães Azevedo, para o atendimento a crianças por meio de Centro de Educação Infantil/Creche, pelo prazo de 30 (trinta) meses, no valor total de R$ 2.046.280,50 (dois milhões, quarenta e seis mil, duzentos e oitenta reais e cinquenta centavos). Inicio por destacar que diversas foram as manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo expressadas nos autos, assim, por questão de economia processual, me limitarei àquelas que são imprescindíveis para a matéria sob debate.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou irregular o Convênio pelos seguintes motivos:

1) Ausência de justificativa para a escolha de celebração de Convênio, em afronta ao artigo 116, caput[1], da Lei 8.666/93, combinado com o artigo 2º, inciso I[2], do Decreto Municipal 44.279/03;

2) Não realização de Chamamento Público com a indicação de critérios objetivos para a escolha da entidade, em infringência ao princípio da isonomia e aos artigos 5º[3] e 6º[4] do Decreto Municipal 40.384/01;

3) Inexistência de estudo sobre o custo da educação infantil, em afronta ao inciso III[5] do parágrafo único do artigo 26, combinado com o caput do artigo 116, ambos da Lei 8.666/93 e ao item 23 dos "Objetivos e Metas" para o Ensino Fundamental do Plano Nacional de Educação, instituído pela Lei Federal 10.172/01;

4) Insuficiência de recursos orçamentários empenhados para o exercício de 2011, em infringência ao artigo 61 da Lei 4.320/64;

---

[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.

[4] **Art. 6º.** As parcerias serão formalizadas por termo, em consonância com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade administrativa.

[5] **Art. 26.** (...) **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) Desconformidade do Plano de Trabalho e do Projeto Pedagógico com o estabelecido na Portaria 3.969/09;

6) Não apresentação do Auto de Licença de Funcionamento (Alvará de Funcionamento) e do Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, além de desrespeito ao prazo para o encaminhamento do pedido de autorização de funcionamento, em afronta ao artigo 7º da Deliberação CME 04/2009;

7) Ausência de comprovação pela Entidade de aplicação do excedente financeiro em educação e por não existir garantia da destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional no caso de encerramento de suas atividades, em afronta aos incisos II e III do §2º do artigo 8º[6] da Lei Federal 11.494/2007;

8) Não exigência de Certidão Negativa de Débito na prestação de contas da Conveniada, em infringência ao § 3º[7] do artigo 195 da Constituição Federal e ao artigo 1º da Lei Municipal 11.184/92 e do Certificado de Regularidade do FGTS, contrariando o § 1º[8] do artigo 1º da Lei Federal 9.012/95;

9) Não exigência de apresentação dos extratos bancários de conta corrente única e específica na prestação de contas, em infringência à Instrução Normativa 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional;

10) Inexistência de análise prévia realizada pela Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão quanto aos aspectos orçamentários e à adequação às diretrizes do planejamento municipal, em afronta ao artigo 1º[9] do Decreto Municipal 51.501/10.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo concordou com a Subsecretaria de Fiscalização e Controle e opinou também pela irregularidade do Convênio, entendendo, no entanto, quanto ao item 3, que os custos por aluno de Educação Infantil estavam justificados nas Portarias 664/10 e 4.339/10.

Oficiada, a Secretaria Municipal de Educação manifestou-se às fls. 203/209 analisando e refutando os questionamentos da Auditoria, em especial o de que a fundamentação e as motivações para a adoção da modalidade

---

[6] **Art. 8º.** A distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, na forma do Anexo desta Lei. **§ 2º** . As instituições a que se refere o § 1º deste artigo deverão obrigatória e cumulativamente: **II -** comprovar finalidade não lucrativa e aplicar seus excedentes financeiros em educação na etapa ou modalidade previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo; **III -** assegurar a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional com atuação na etapa ou modalidade previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo ou ao poder público no caso do encerramento de suas atividades;

[7] **Art. 195.** (...) "**§ 3º.** A pessoa jurídica em débito com o sistema de 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**. (...) **§ 1º**. A comprovação da quitação com o FGTS dar-se-á mediante apresentação de certidão negativa de débito expedida pela Caixa Econômica Federal.

[9] **Art. 1º.** A celebração, a alteração e a prorrogação de convênios de qualquer natureza, que envolvam a transferência ou o recebimento de recursos financeiros, serão previamente analisadas pela Secretaria Municipal de Planejamento, quanto aos aspectos orçamentários e à adequação às diretrizes do planejamento municipal.

Convênio estavam previstas na Portaria SME 3.477/11 e a de que o Chamamento Público faz parte da discricionariedade do Agente Público, não se podendo falar em irregularidade.

Além disso, defendeu não haver ferimento à isonomia porque aquele que quiser celebrar Convênio poderá se cadastrar, desde que preencha os critérios objetivos estabelecidos na Portaria SME 3.477/11;

Na sequência, o Instituto Beneficente Pérsio Guimarães Azevedo foi intimado, porém, por meio de petição, optou por não apresentar defesa por entender que não cabia manifestação por sua parte.

Já o Sr. Alexandre Schneider, titular da Pasta à época, intimado, deixou transcorrer “in albis” o prazo para pronunciamento.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle não se convenceu dos argumentos apresentados pela Secretaria, mantendo seu posicionamento pelo não acolhimento do Convênio, sendo seguida pela Assessoria Jurídica de Controle Externo que, no entanto, por meio de seu Assessor Chefe, reviu seu posicionamento apenas para considerar válido o empenhamento já que, nestes Instrumentos, os recursos financeiros são repassados mensalmente, na medida da execução do Plano de Trabalho citando, assim, jurisprudência do TC 1.436.07-00 nesse sentido.

A Secretaria Geral, igualmente, concordou com os pronunciamentos dos Órgãos Técnicos opinando pela irregularidade do Instrumento.

Por derradeiro, a Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento do Convênio relevando-se as impropriedades, que entendeu formais ou, subsidiariamente, diante da inexistência de comprovação de prejuízo ou dano ao Erário, bem como ante a ausência de dolo, culpa ou má-fé por parte dos responsáveis, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais em nome do princípio da segurança jurídica.

É o relatório.

VOTO

As questões objeto de debate nestes autos são várias e foram minuciosamente enfrentadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle.

De plano, acolho a conclusão da Assessoria Jurídica de Controle Externo que considerou válido o empenhamento (item 4) porque em Convênios, os recursos financeiros são liberados mensalmente, na medida da execução do Plano de Trabalho.

Das irregularidades remanescentes, destacam-se a ausência de justificativa para a celebração de Convênio e a não realização de Chamamento Público para a escolha da Conveniada.

Esses temas foram por mim enfrentados nos autos dos TCs 2.514.10-45 e 1.623.11-20, que cuidam de situação semelhante à ora analisada.

No que respeita especificamente à Educação Infantil, destaco o documento expedido pelo Ministério da Educação – MEC, publicado em 2009 em seu site oficial[10] e intitulado "Orientações sobre convênios entre secretarias municipais de educação e instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos para a oferta da educação infantil" em que tal órgão aponta a necessidade de serem firmados convênios entre o Poder Público e as instituições educacionais sem fins lucrativos como uma forma de assegurar o atendimento a um número maior de crianças.

Consoante já afirmei nos autos do citado TC 2.514.10-45, o texto em comento "(...) *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, constitui 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*".

Diante dessas razões, entendo justificada a adoção da modalidade Convênio no caso examinado, bem como adequados o Plano de Trabalho e o Projeto Pedagógico apresentados.

Também na matéria concernente ao Chamamento Público, devida e exaustivamente enfrentada no TC 1.623.11-26, reporto-me aos argumentos nele desenvolvidos bem como no TC 2.514.10-45, nos quais sustentei que a legislação municipal sobre convênios na área da educação não o prevê, em que pese haja orientação[11] do Tribunal de Contas da União para a sua realização.

Desse modo, inexistindo norma específica obrigando-o, sua ausência não pode ser configuradora de irregularidade.

Superada a questão relativa ao cabimento do Convênio e ao Chamamento Público, as irregularidades identificadas nos itens 3, 5 e 8 do Relatório da Subsecretaria de Fiscalização e Controle já foram objeto de análise nos TCs 2.514.10-45[12] e 1.281.11-44, de modo que a eles me reporto para, também

---

[10] Para maiores informações, conferir em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&id=12579:educacao-infantil&Itemid=859

[11] Acórdão nº 1.331-27/08-P: "9.3. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que oriente os órgãos e entidades da Administração Pública para que 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)

[12] As matérias relativas aos itens 3, 5 e 8 deste Relatório foram por mim examinadas nos autos do TC nº 72.002.514.10-45, que analisou o Convênio nº 038/SME/2010-RI, acolhido à unanimidade, relevando-se as falhas constatadas, ocasião em que procedi a minucioso estudo sobre os Convênios realizados com entidades do chamado Terceiro Setor, como as Organizações Sociais e da Sociedade Civil de Interesse Público. As matérias relativas aos itens 3, 5 e 8 deste Relatório já foram, portanto, exauridas naquela oportunidade. No tocante ao item

nesta oportunidade, considerar superados tais tópicos. O Auto de Licença de Funcionamento (Alvará de Funcionamento) (item 6) realmente não foi apresentado.

Dois argumentos, no entanto, levam-me a crer que a ausência não é apta a causar a irregularidade do Convênio. Em primeiro lugar, o instrumento foi firmado para prestação do atendimento em "próprio municipal" pertencente à Administração Indireta.

Então, deve-se supor que o referido espaço está equipado e detém todas as condições necessárias a receber as crianças, inclusive no quesito segurança.

Além disso, é de se considerar, que a Portaria 3.477/11, que revogou a Portaria 3.969/09, em seu artigo 41 e § 3º, determina que as Unidades da Rede Indireta que prestam serviços em próprios municipais estão excetuadas da apresentação do Auto de Licença de Funcionamento.[13]

Assim, ainda que ela não estivesse em vigência no momento da assinatura do Convênio, por se enquadrar, o caso concreto, na hipótese mencionada da Portaria 3.477/11, pode-se admitir que essa ausência não prejudicou a assinatura do Instrumento.

Entendo, porém, necessário o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, sobretudo para garantir a segurança das crianças, mas não considero tal ausência irregularidade apta a, in casu, macular o Convênio, sendo, no entanto, matéria de determinação, que será expedida no final.

Quanto ao pedido de autorização de funcionamento, que deveria ter sido "encaminhado ao órgão competente com pelo menos 120 (cento e vinte) dias antes do prazo previsto para o início das atividades", na consonância do artigo 7º da Deliberação Conselho Municipal de Educação - CME 04/09, considero que a não observância de tal prazo é irregularidade que pode ser relevada posto que

---

3 (Inexistência de estudo sobre o custa da educação infantil), havia concordado com as explicações da Secretaria, no sentido de que, por se tratar de Convênio, não se falava em contraprestação de serviços e sim na busca de um interesse comum. Quanto ao item 5 (Desconformidade do Plano de Trabalho e do Projeto Pedagógico com o estabelecido na Portaria nº 3.969/09), considerei que as falhas apontadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle não eram suficientes para ensejar a irregularidade do Convênio. No tocante ao item 8 (Não exigência de Certidão Negativa de Débito na prestação de contas da Conveniada e do Certificado de Regularidade do FGTS), entendi não se tratar de condição de irregularidade da Conveniada, mas de "questão atinente à formalização do termo" razão pela qual "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". Sobre o tema, acolhi os argumentos da Secretaria, de que a prestação de contas obedecia 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. Entendi, assim, que "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".

[13] Dispõe o artigo 41 da Portaria nº 3477/11: "Art. 41. Para a concessão de autorização de funcionamento das instituições referidas no artigo anterior, deverão ser apresentados: VI – Auto de Licença de Funcionamento, ou documento equivalente, expedido pelo órgão próprio da PMSP. § 3º. Excetuam-se da apresentação do documento de que trata o inciso VI deste artigo ou o seu protocolo as Unidades da Rede Indireta que prestam serviços em próprios municipais". (grifos nossos)

o pedido foi feito aos 06 (seis) de abril de 2011 e a creche começou a funcionar aos 05 (cinco) de maio de 2011. Não obstante, quanto a esta matéria também expedirei determinação ao final.

Quanto à ofensa ao inciso II[14] do § 2º do artigo 8º da Lei Federal 11.494/2007 apontada pela não comprovação por parte da Entidade de aplicação de seu excedente financeiro na educação (item 7), não constam elementos nos autos que comprovem, de forma inequívoca, ter havido prejuízo decorrente de "renúncia de receita" do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, em razão do alegado descumprimento.

Não me parece razoável se decretar a irregularidade do presente Convênio, de forma pontual, com fulcro na Lei Federal regulamentadora do FUNDEB, levando em conta que não restou constatado se a Entidade realmente faz ou não tal comprovação.

De outra parte, a não apresentação de extratos bancários de conta corrente única e específica (item 9), poderia ter implicações na execução contratual, que não é objeto da presente.

Entretanto, também quanto a ela, entendo que a infringência não é apta a macular o Convênio de irregularidade.

Em relação à inexistência de análise prévia realizada pela Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão, apesar de razão assistir à Subsecretaria de Fiscalização e Controle no sentido de que a celebração do Convênio em comento requeria tal manifestação, entendo que a finalidade do Instrumento foi atingida, atendendo-se, de forma gratuita e universal, crianças por meio do Centro de Educação Infantil/Creche, de modo que os preceitos constitucionais foram cumpridos.

Acolho, ainda, a manifestação da Assessoria Jurídica, que informa que o Decreto Municipal 51.501/10 foi revogado pelo Decreto Municipal 53.800/13, assim, ainda que este não estivesse em vigência quando da assinatura do Convênio, a impropriedade detectada não resulta em irregularidade do Instrumento.

Relevo-a, portanto. Diante de todo o exposto, acolho o Convênio 075/SME/2011-RI firmado com a Instituição Beneficente Pérsio Guimarães Azevedo para o atendimento de crianças por meio de Centro de Educação Infantil/Creche com determinações para que a Secretaria, no presente Convênio:

I – Adote conta bancária específica. E nos futuros:

---

[14] **Art. 8º.** A distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, na forma do Anexo desta Lei. **§** 2º. As instituições a que se refere o § 1o deste artigo deverão obrigatória e cumulativamente: II - comprovar finalidade não lucrativa e aplicar seus excedentes financeiros em educação na etapa ou modalidade previstas nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo;

II – Promova a providência indicada no item I;

III – Exija o competente laudo do Corpo de Bombeiros;

IV - Observe o prazo legal para requerer a autorização de funcionamento.