TC nº 72-002.981.05-53

ANÁLISE. CONVÊNIO. TERMOS ADITIVOS. SME. Atendimento a portadores de deficiência física e/ou mental nos níveis leve, moderado e severo. Prorrogação automática e verbal. Ausências de CND. FGTS. INSS e despacho autorizatório. Atraso na remessa da documentação do SERI. IRREGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 195, § 3º, CF. Art. 60, Lei 4.320/64. Art. 1º, Lei Mun. 11.184/92. Art. 2º, Lei 9.012/95. Art. 57, § 2º, Lei 8.666/93. Art. 44, Dec. Mun. 44.279/03. Instr. 01/02 e Res. 05/02, TCMSP.

2.796ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 19.07.2016

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM, após determinação de Sua Excelência, na 2.794ª S.O., para que lhe fossem conclusos. Naquela sessão votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, tendo o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator votado na 2.765ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, com relatório e voto, e DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM 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, em julgar irregulares o Convênio 057/2002, o Termo Aditivo 012/2003, o Termo Aditivo s/nº de 2004, e os Termos Aditivos 016/2004 e 050/2004, pelas seguintes razões:

1) Irregularidades do Convênio:

a) Infringência ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal e ao artigo 1º da Lei Municipal 11.184/92 pela não apresentação da Certidão Negativa de Débito – CND perante o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS à época da lavratura do ajuste.

b) Infringência ao artigo 2º da Lei Federal 9.012/95, pela não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS à época da lavratura do ajuste.

c) Infringência ao § 2º do artigo 57 da Lei Federal 8.666/93, por consignar cláusula de prorrogação automática.

2) Irregularidade do Termo Aditivo 012/03:

- Infringência às Instruções 01/2002 e à Resolução 05/2002 deste Tribunal, ante o não encaminhamento das informações do ajuste através do Sistema Eletrônico de Informações – Seri e, também, por acessoriedade.

3) Irregularidade do Termo de Aditamento s/nº de 2004, referente à prorrogação de prazo de 29 de abril de 2004 a 31 de dezembro de 2004, em decorrência das seguintes infringências:

a) Artigo 2º da Lei Federal 9.012/95, pela não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS à época da lavratura do ajuste.

b) § 2º do artigo 57 da Lei Federal 8.666/93, por falta de Despacho Autorizatório para a prorrogação.

c) Artigo 60 da Lei Federal 4.320/64, por falta de Despacho Autorizatório prévio à despesa.

d) Artigo 44 do Decreto Municipal 44.279/03, por se tratar, na prática, de prorrogação contratual verbal, decorrente da cláusula do convênio que permitiu a prorrogação automática.

4) Irregularidade do Termo Aditivo 016/2004 por acessoriedade.

5) Irregularidade do Termo de Aditamento 050/2004, em razão de infringência ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal pela não apresentação da Certidão Negativa de Débito – CND à época da lavratura do ajuste.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos mesmos votos, em ressaltar à Secretaria Municipal de Educação que não mais insere em seus ajustes a cláusula de prorrogação automática em cumprimento à determinação deste Tribunal.

Vencidos os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, consoante voto apresentado em separado, e MAURÍCIO FARIA, que julgaram regulares o convênio e os termos de aditamento.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em acolher os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes, considerando que o convênio se encontra encerrado desde o ano de 2005, sem que exista nos autos comprovação de prejuízo ao erário, tendo os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e DOMINGOS DISSEI acolhido em caráter excepcional.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, uma vez cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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, 11 de março de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise do Convênio n° 057/2002, celebrado entre a Secretaria Municipal de Educação e o Núcleo Assistencial à Criança Excepcional Mundo Encantado – NACEME, tendo como objeto o atendimento, na área educacional, a portadores de deficiência física e/ou mental nos níveis leve, moderado e severo, na faixa etária de 2 a 37 anos, no período de 12 meses, no valor de R$ 666.470,40 (seiscentos e sessenta e seis mil quatrocentos e setenta reais e quarenta centavos) por ano, bem como dos Termos Aditivos nºs 012/03 (que objetivou a alteração das quantidades atendidas), nº 016/2004 (que visou a alteração de cláusulas e dos valores *per capita*), nº 050/2004 (que teve por fim a alteração da quantidade atendida) e do Termo Aditivo sem número, referente à prorrogação e reajuste para o período de 29 de abril de 2004 a 31 de dezembro de 2004. Valor total do convênio equivale a R$ 1.541.631,87 (um milhão, quinhentos e quarenta e um mil seiscentos e trinta e um reais e oitenta e sete centavos), pelo prazo de 48 (quarenta e oito) meses

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu, inicialmente, o seguinte:

1.) Pela irregularidade do Convênio em razão de:

a.) Infringência às Instruções nº 01/92 e à Resolução nº 04/96 deste Tribunal, por atraso na remessa da documentação.

b.) Infringência ao artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal e ao artigo 1º da Lei Municipal nº 11.184/92, pela não apresentação da CND (Certidão Negativa de Débito) perante o INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) à época da lavratura do ajuste.

c.) Infringência ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95, pela não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal do FGTS à época da lavratura do ajuste.

d.) Infringência ao parágrafo 2º do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93, por consignar cláusula de prorrogação automática.

2.) Pela irregularidade do Termo Aditivo n° 012/03, por infringência às Instruções n° 01/02 e à Resolução n° 05/02 deste Tribunal, ante o não encaminhamento das informações do presente ajuste por intermédio do SERI e por suceder o Convênio n° 067/2002.

3.) Pela irregularidade do segundo Termo de Aditamento (sem número), referente à prorrogação de prazo de 29 de abril de 2004 a 31 de dezembro de 2004, em decorrência das seguintes infringências:

a.) à Instrução n° 01/02 e à Resolução n° 05/02 deste Tribunal, pelo não encaminhamento das informações do presente ajuste por meio do SERI;

b.) ao artigo 2° da Lei Federal n° 9.012/95, pela não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal do FGTS à época da lavratura do ajuste;

c.) ao parágrafo 2° do artigo 57 da Lei Federal n° 8.666/93, por falta de Despacho Autorizatório para a prorrogação;

d.) ao artigo 60 da Lei Federal n° 4.320/64, por falta de Despacho Autorizatório prévio à despesa; e

e.) ao artigo 44 do Decreto Municipal n° 44.279/2003, por se tratar, na prática, de prorrogação contratual verbal, decorrente da cláusula do convênio que permitiu prorrogação automática.

4.) Pela irregularidade do Termo Aditivo n° 016/2004, por ofensa:

a.) à Instrução n° 01/02 e à Resolução n° 05/02, pelo não encaminhamento das informações do presente ajuste por meio do SERI; e

b.) por suceder os ajustes anteriores, considerados irregulares.

5.) Pela irregularidade do Termo de Aditamento nº 05/2004, em razão do desrespeito:

a.) à Instrução n° 01/02 e à Resolução n° 05/02, pelo não encaminhamento das informações do presente ajuste por meio do SERI;

b.) ao artigo 195, parágrafo 3°, da Constituição Federal e artigo 1° da Lei Municipal n° 11.184/92, pela não apresentação da CND à época da lavratura do ajuste; e

c.) por suceder os ajustes anteriores, considerados irregulares.

(folhas 116/129)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo endossou a conclusão da Especializada, nos seguintes termos:

"*O presente Convênio está fundamentado na Lei Municipal nº 11.056/91 e Decretos nºs 29.525/91 e 31.384/92, onde autoriza o Executivo Municipal a celebrar convênios com entidades, reconhecidas como de utilidade publica, que mantenham cursos básicos ou especiais de alfabetização para crianças excepcionais.*

De nossa parte faremos algumas observações referentes às infringências apontadas pela Especializada em relação ao:

** Convênio nº 057/2002, por infringência:*

- às Instruções nº 01/92 e à Resolução nº 04/96, por atraso na remessa da documentação a este Tribunal, entendemos, s.m.j., ser considerada falha formal, podendo ser relevada, pois trata-se de uma relação de caráter administrativo, que não impede, a final, o exercício do controle externo;

- ao artigo 195, § 3º da CF/88 e artigo 1º da Lei Municipal nº 11.184/92, pela não apresentação da CND à época da lavratura do ajuste, esses dispositivos obrigam o Poder Público a exigir a regularidade previdenciária das pessoas jurídicas contratadas, pois a Administração não pode contratar (nem mesmo, firmar acordo), com quem deve tributos aos cofres públicos. Esta é a regra e não pode aceitar sua relevação, sob pena de esvaziar o próprio sentido da norma, portanto, é uma irregularidade, não podendo ser relevada.

- ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95, pela não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal do FGTS à época da lavratura do ajuste, que é uma ilegalidade não podendo ser revelada, pois o próprio artigo citado é claro ao estabelecer que 'as pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração , direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrências públicas'. A lei não faz distinção em função da personalidade jurídica da contratada, no caso, da associação Núcleo Assistencial à Criança Excepcional Mundo Encantado - NACEME - que é uma associação civil, sem fins lucrativos (fl.09).

Portanto, a ausência de comprovação de regularidade com o FGTS contamina o ajuste ora examinado.

- ao § 2º do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93, por consignar no presente Convênio cláusula de prorrogação automática (Cláusula Décima, fl.61).

O dispositivo legal acima estabelece que: 'Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato'. Essas são as condições essenciais à formalização do ajuste, que não foram observadas conforme Cláusula Décima (fl.61) do referido convênio.

Nestes termos, podemos dizer que eventual prorrogação nos termos da Cláusula Décima equivaleria a um contrato verbal, o que é vedado na Lei de Licitação.

** Termo Aditivo nº 012/03, por infringência:*

- às Instruções nº 01/02 e à Resolução nº 05/02, pelo não encaminhamento das informações do presente ajuste através do SERI, igualmente ao Convênio nº 057/2002, entendemos, s.m.j., ser considerada falha formal, podendo ser relevada, pois trata-se de uma relação de caráter administrativo, contudo, seu acolhimento fica pendente de julgamento do Convênio nº 057/2002.

** Prorrogação de prazo referente ao período de 29.04.04 a 31.12.04, encontra-se irregular por infringência:*

- às Instruções nº 01/02 e à Resolução nº 05/02, de fato não foram atendidas, por não ter sido formalizado o competente instrumento.

- ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95, pois não houve a devida formalização do competente instrumento.

- ao § 2º do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666 /93, por falta de Despacho Autorizatório para a prorrogação e da formalização do competente instrumento.

- ao artigo 60 da Lei Federal nº 4.320/64, por falta de Despacho Autorizatório prévio a despesa.

Neste sentido, o eminente Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes traduziu com maestria em suas lições, quando explicou:

'De acordo com o art. 60 da Lei 4.320, de 17 de março de 1964, é vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

O empenho é o instrumento administrativo que retira do montante orçado parcela de recursos para atender uma despesa autorizada. Identifica e subtrai o valor, e, por isso mesmo, é uma forma de controle entre o que foi previsto e o que foi executado.

Por esse motivo, o empenho é sempre prévio à realização da despesa e ato concomitante à assunção do compromisso. Se no Direito Administrativo o que firma o ajuste é a assinatura do contrato e o que o torna eficaz é a publicação, no Direito Financeiro somente é lícito o compromisso financeiro que foi registrado na forma própria, isto é, empenhado. Daí a pertinência com a origem etimológica tão próxima a compromisso' (A Limitação de Empenho de Despesas e a Lei de Responsabilidade Fiscal, www.jacoby.pro.br).

Em outro dizer, do também eminente Jurista Jessé Torres Pereira Júnior:

'A lei federal nº 4.320/64, que estatui as normas gerais do direito financeiro brasileiro, define, em seus artigos 58 e ss., que o 'empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição', não podendo exceder o limite dos créditos concedidos. Vale dizer que os recursos que responderão pelos pagamentos devidos em razão da execução de contrato hão de ser reservados no orçamento, mediante empenho, antes de sua celebração, seja qual for o instrumento de formalização, mas não antes da instauração do certame licitatório, porque a só realização deste não cria obrigação de pagamento para o Estado; tal obrigação decorre de contrato, daí este não poder ser firmado sem o prévio empenho dos recursos necessários' (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, pg. 628, 6ª edição).

Não resta dúvida que o procedimento adotado pela Origem contraria as disposições da Lei Federal 4.320/64, que veda a realização de despesa sem prévio empenho.

- ao artigo 44 do Decreto Municipal nº 44.279/03, por prorrogação contratual verbal. É sabido que a Lei de Licitação não admite contrato verbal.

** Termo Aditivo nº 016/04, encontra-se irregular por infingência:*

- às Instruções nº 01/02 e à Resolução nº 05/02, igualmente o Convênio nº 057/2002, entendemos, s.m.j., ser considerada falha formal, podendo ser relevada, pois trata-se de uma relação de caráter administrativo, contudo, seu acolhimento fica pendente de julgamento do citado Convênio.

** Termo Aditivo nº 050/04, encontra-se irregular por infringência:*

- às Instruções nº 01/02 e à Resolução nº05/02, consoante à análise do Termo Aditivo nº 012/03, trata-se de uma falha formal, podendo ser relevada, contudo, seu acolhimento fica pendente de julgamento do Convênio nº 057/2002.

- ao artigo 195, § 3º da CF/88 e artigo 1º da Lei Municipal nº 11.184/92, consoante à análise do Convênio nº 057/2002, trata-se de uma irregularidade, não podendo ser relevada.

Por tudo exposto, entendemos que o:

** Convênio nº 057/2002, a prorrogação de prazo referente ao período de 29.04.04 a 31.12.04 e o Termo Aditivo nº 050/04 encontram -se irregulares.*

** Termo Aditivo nº 012/03 e Termo Aditivo nº 050/04 poderão ser suas falhas relevadas ficando o acolhimento pendente de julgamento do Convênio nº 057/2002*" (folhas 132/143).

Oficiada, a Secretaria Municipal de Educação informou que aquela Pasta, agindo em conformidade com o interesse público, de modo a evitar a descontinuidade da prestação dos serviços aos 311 educandos assistidos, aceitou que a entidade conveniada entregasse a CND e o Certificado de Regularidade Fiscal perante o FGTS em momento posterior à assinatura dos ajustes (dia 2 de maio de 2002, quando a lavratura do convênio ocorreu no dia 29 de abril de 2002). Destacou que tanto para o convênio quanto para o Termo Aditivo nº 50/2004 foi assinado termo de compromisso pela Conveniada no sentido de que entregaria as necessárias certidões de regularidade fiscal.

Com relação à previsão de cláusula de prorrogação automática, informou que desde 2005, em decorrência de determinação desta Corte, não mais eram inseridos os respectivos dispositivos nas minutas de Convênio (folhas 183/194).

Intimadas as Ordenadoras das Despesas e Signatária do Convênio e dos Termos Aditivos, afirmaram, em síntese, tratar-se de falhas de caráter formal, aduzindo que os aditamentos não produziram alterações substanciais (folhas 144/159 162/180).

Em nova manifestação, a Coordenadoria II ratificou integralmente a sua conclusão precedente (folhas 198/202).

A Assessoria Jurídica, de igual forma, entendeu que os argumentos apresentados não tiveram o condão de afastar as irregularidades apontadas, motivo pelo qual reiterou seu posicionamento inicial no sentido da irregularidade de todos os instrumentos (folhas 205/207).

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pela regularidade do Convênio e dos Termos Aditivos, em razão de serem os serviços objeto do presente de caráter essencial, bem como em razão de os serviços terem sido prestados corretamente (visto que não há notícia do contrário nos autos) e tendo em vista o caráter formal das falhas, a ausência de prejuízo ao erário e má-fé

por parte dos agentes públicos. Requereu, subsidiariamente, a aceitação dos efeitos financeiros dos ajustes (folhas 210/224).

Por derradeiro, a Secretaria Geral acompanhou o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido da possibilidade de relevação das falhas relativas ao não encaminhamento das informações por meio do Sistema SERI, motivo pelo qual persistiam as demais impropriedades que eram suficientes para macular a legalidade dos instrumentos analisados.

O parecer da Secretaria Geral deu-se nos seguintes fundamentos:

"*Cumpre, por primeiro, aqui registrar que o objeto de análise compreende um convênio, que se caracteriza por ser um ajuste que, entre si, celebram a Administração e entidades públicas ou privadas, e que tem por finalidade a consecução de objetivos em comum, por meio da colaboração mútua.*

Logo, o convênio é um instrumento de cooperação onde, no caso em tela, a Secretaria Municipal de Educação e o Núcleo Assistencial à Criança Excepcional Mundo Encantado – NACEME atuam como partícipes assumindo uma atividade de atendimento aos portadores de deficiência física e/ou mental nos níveis leve, moderado e severo na faixa etária de 02 a 37 anos.

No que diz respeito às impropriedades, constatadas no relatório da Auditoria, passo a analisá-las pontualmente:

1. TERMO DE CONVÊNIO Nº 057/2002

1.1 Infringência às Instruções n° 01/92 e à Resolução n° 04/96, por atraso na remessa da documentação.

Entendo que tal impropriedade constitui falha de natureza formal, que, por não macular substancialmente o Convênio, admite relevação.

1.2 Infringência ao artigo 195, § 3°, da CF/88 e artigo 1° da Lei Municipal n° 11.184/92, pela não apresentação da CND à época da lavratura do ajuste.

A respeito desta impropriedade, acompanho o que restou concluído por AUD. e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de sua irregularidade, vez que a não apresentação da CND macula substancialmente o instrumento.

1.3 Infrigência ao artigo 2° da Lei Federal n° 9.012/95, pela não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal do FGTS à época da lavratura do ajuste.

Em relação à ausência de comprovação de regularidade perante o FGTS, por constituir exigência obrigatória derivada de mandamento legal, sua falta, por si só, é causa para acarretar sua invalidação.

1.4 Infringência ao § 2° do artigo 57 da Lei Federal n° 8.666/93, por consignar no presente Convênio cláusula de prorrogação automática.

Neste ponto acompanho os termos expostos pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de sua irregularidade, uma vez que a prorrogação constante da Cláusula Décima equivale a contrato verbal, vedado pela Lei de Licitações.

2. TERMO DE ADITAMENTO Nº 012/2003

2.1 Infrigência às Instruções n° 01/02 e à Resolução n° 05/02, pelo não encaminhamento das informações do presente ajuste através do SERI.

Neste ponto acompanho os termos expostos pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido da relevação da impropriedade, tendo em vista o caráter formal da impropriedade e à medida que não maculou o ajuste.

3. TERMO DE ADITAMENTO referente ao período de 29 de abril de 2004 a 31

de dezembro de 2004

3.1 Infringência às Instruções n° 01/02 e à Resolução n° 05/02, pelo não encaminhamento das informações do presente ajuste através do SERI.

Entendo que no caso em tela, tal impropriedade, diante de seu caráter formal, é passível de ser relevada, se assim entender o Nobre Conselheiro Relator, pois que não maculou o ajuste.

3.2 Infringência ao artigo 2° da Lei Federal n° 9.012/95, pela não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal do FGTS à época da lavratura do ajuste.

Igualmente ao meu posicionamento anterior referente a esta questão, entendo que à ausência de comprovação de regularidade perante o FGTS, por constituir exigência obrigatória derivada de mandamento legal, sua falta, por si só, é causa para acarretar sua invalidação.

Em relação às demais infringências apontadas, acompanho 'in totum' o entendimento de AUD. e da AJCE [*Assessoria Jurídica de Controle Externo*]*, no sentido da sua irregularidade.*

4. TERMO DE ADITAMENTO Nº 016/2004

4.1 Infringência às Instruções n° 01/02 e à Resolução n° 05/02, pelo não encaminhamento das informações do presente ajuste através do SERI.

Igualmente ao meu posicionamento anterior referente a esta questão, entendo que no caso em tela, tal impropriedade, diante de seu caráter formal, é passível de ser relevada, se assim entender o Nobre Conselheiro Relator, pois que não maculou o ajuste.

5. TERMO DE ADITAMENTO Nº 050/2004

5.1 Infringência às Instruções n° 01/02 e à Resolução n° 05/02, pelo não encaminhamento das informações do presente ajuste através do SERI.

Em relação a esta impropriedade acompanho os termos expostos pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido da relevação da impropriedade, tendo em vista, o caráter formal da impropriedade e à medida que não maculou o ajuste.

5.2 Infringência ao artigo 195, § 3°, da CF/88 e artigo 1° da Lei Municipal n° 11.184/92, pela não apresentação da CND à época da lavratura do ajuste.

A respeito desta impropriedade, acompanho o que restou concluído por AUD. e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de sua irregularidade, vez que a não apresentação da CND macula substancialmente o instrumento.

Vale ressaltar, outrossim, que no presente caso, aplicasse o princípio da acessoriedade, no tocante aos termos de aditamento, restando desta feita irregulares os ditos instrumentos.

Com efeito, assim já decidiu esta C. Corte acerca da matéria:

'*(...) não acolher o Termo de Aditamento 33/99, pelo princípio da acessoriedade, tendo em vista que, por decisão desta Corte, transitada em julgado, o contrato principal foi considerado irregular (...)*' *TC nº 72-004.546.99-25.*

Assim, conforme razões acima expostas considero irregulares o Termo de Convênio nº 057/2002, o Termo de Aditamento nº 012/2003, o Termo de Aditamento 016/2004, o Termo de Aditamento 050/2004, bem como do Termo de Aditamento não lavrado relativo à prorrogação e reajuste para o período de 29 de abril de 2004 a 31 de dezembro de 2004, sem embargo das determinações que, a critério de Vossa Excelência, forem julgadas cabíveis" (folhas 226/234).

É o relatório.

VOTO

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu o seguinte:

1) Pela irregularidade do Convênio em razão de:

a) Infringência ao artigo 195, parágrafo 3º da Constituição Federal e ao artigo 1º da Lei Municipal nº 11.184/92 pela não apresentação da CND (Certidão Negativa de Débito) perante o INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) à época da lavratura do ajuste.

b) Infringência ao artigo 2º, da Lei Federal nº 9.012/95 pela não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal do FGTS (fundo de garantia por tempo de serviço) à época da lavratura do ajuste; e

c) Infringência ao parágrafo 2º, do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93 por consignar cláusula de prorrogação automática.

2) Irregularidade do Termo Aditivo n° 012/03, por infringência às Instruções n° 01/02 e à Resolução n° 05/02 deste Tribunal, ante o não encaminhamento das informações do ajuste através do sistema SERI e, também, por acessoriedade.

3) Irregularidade do segundo Termo de Aditamento (sem número), referente à prorrogação de prazo de 29 de abril de 2004 a 31 de dezembro de 2004, em decorrência das seguintes infringências:

a) ao artigo 2° da Lei Federal n° 9.012/95, pela não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal do FGTS (fundo de garantia por tempo de serviço) à época da lavratura do ajuste;

b) ao parágrafo 2°, do artigo 57, da Lei Federal n° 8.666/93, por falta de Despacho Autorizatório para a prorrogação;

c) ao artigo 60 da Lei Federal n° 4.320/64, por falta de Despacho Autorizatório prévio à despesa; e

d) ao artigo 44 do Decreto Municipal n° 44.279/03, por se tratar, na prática, de prorrogação contratual verbal, decorrente da cláusula do convênio que permitiu a prorrogação automática;

4) Irregularidade do Termo Aditivo n° 016/2004 por *acessoriedade; e*

5) Irregularidade do Termo de Aditamento nº 050/2004, em razão de infringência ao artigo 195, parágrafo 3° da Constituição Federal pela não apresentação da CND (certidão negativa de débito) à época da lavratura do ajuste.

Na mesma esteira, opinou a Assessoria Jurídica de Controle Externo: *"De nossa parte, entendemos que as defesas apresentadas não foram capazes de alterar as conclusões desta Assessoria, pelo que ratificamos nossos entendimentos de fls. 132 a 142, quais sejam: Irregulares o Convênio nº*

57/2002, a prorrogação de prazo referente ao período de 29/04/04 a 31/12/04 e os Termos Aditivos nºs 12/03, 16 e 50 de 2004."

A Secretaria Geral por seu turno opinou: "*conforme razões acima expostas considero irregulares o Termo de Convênio nº 057/2002 e os Termos de Aditamento."*

Diante do exposto, com resguardo nos pronunciamentos dos Órgãos Técnicos, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, passando a integrar o presente, e em coerência com o voto por mim proferido nos autos dos TCs 2.982/05-16, 3.407.05-03, 4.237.05-28, 585.08-06, 3.933.03-84 e 4.287.03-87, julgo irregulares o Convênio nº 57/2002, o Termo Aditivo nº 12/2003, o 2º Termo Aditivo (sem número), o Termo Aditivo nº 16/2004 e o Termo Aditivo nº 50/2004.

Acolho, em caráter excepcional, os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes, considerando que o Convênio em questão se encontra encerrado desde o ano de 2005, sem que exista nos autos comprovação de prejuízo ao erário e, ainda, tendo em vista a natureza das irregularidades, as quais, por si só, não configuram a existência de prejuízo ao erário.

Ressalte-se também, que a Secretaria Municipal de Educação não mais insere em seus ajustes a cláusula de prorrogação automática em cumprimento a determinação deste Tribunal. Finalmente, saliente-se o elevado interesse público envolvido no objeto do convênio - atendimento, na área educacional, aos portadores de deficiência física e/ou mental. **(2.765ª S.O.)**.

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

Cuida o presente de análise do Convênio nº 057/2002 e dos Termos Aditivos 012/2003, 016/2004, 050/2004, e s/nº de 2004, celebrados entre a Secretaria Municipal de Educação e o Núcleo Assistencial à Criança Excepcional Mundo Encantado – NACEME, tendo como objeto o atendimento, na área educacional, a portadores de deficiência física e/ou mental nos níveis leve, moderado e severo, na faixa etária de 2 a 37 anos.

Resumidamente, os órgãos técnicos desta Corte concluíram pela irregularidade do Convênio pela não apresentação da CND – Certidão Negativa de Débito perante o INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social; pela não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal do FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; por atraso na remessa da documentação a este Tribunal por intermédio do SERI e por consignar cláusula de prorrogação automática.

Em relação à comprovação das certidões retro mencionadas, observo que o instrumento foi assinado em 29/04/2002, e está juntada aos autos (fls. 47 e 63) a comprovação da negatividade ao INSS nos períodos

compreendidos entre 21/02/2002 a 20/04/2002 e 02/05/2002 a 01/07/2002, restando 19 dias descobertos.

Já referente ao período de comprovação de regularidade junto ao FGTS estão presentes nos autos (fls. 30 e 64) o período de 22/02/2002 a 23/03/2002 e posteriormente de 02/05/2002 a 31/05/2002, apresentando 39 dias de ausência comprobatória.

Considero tratar-se de questão meramente de caráter formal, assim como o atraso na remessa da documentação ao SERI, podendo ambas ser relevadas.

No que tange ao apontamento face ao dispositivo legal contido no § 2º do artigo 57 da Lei Federal 8.666/93 por consignar no presente Convênio cláusula de prorrogação automática, entendo não ser passível de se macular o instrumento, visto tratar-se aqui de interpretação fática do serviço considerado a ser executado de forma contínua, como dispõe o inciso II do caput do referido artigo, possibilitando a interpretação de que essa característica o implicaria necessariamente a ser contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, o que coloca o objeto pactuado já na possibilidade de prorrogação se houver interesse da Administração.

Não deixo de observar que versa o ato de aplicação essencial de uma política pública de proteção aos direitos fundamentais que não pode sofrer solução de continuidade, ou seja, o Convênio abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, cujo atendimento não exaure prestação semelhante no futuro, como o atendimento, na área educacional, a portadores de deficiência física e/ou mental nos níveis leve, moderado e severo, na faixa etária de 2 a 37 anos.

Ademais, existe a previsão contratual de manifestação contrária para não ocorrer a renovação automática, assim como seu encerramento a qualquer tempo, bastando apenas uma manifestação prévia de 30 (trinta) dias, estando a Administração resguardada em seus interesses.

Cabendo socorrer-nos ainda do ensinamento de Marçal Justen Filho ao esclarecer que se há previsão contratual de que a parte poderá comunicar à outra sua intenção de promover a renovação, há a hipótese em que a outra parte tenha o ônus de manifestar explicitamente sua eventual discordância e que seu silêncio presumirá concordância.

"Não se caracteriza renovação automática quando o instrumento prevê um mecanismo de simplificação da manifestação de vontade." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ed. Dialética, 11ª edição, p. 505).

Nesse sentido, o convênio passa a ter a interpretação de sua vigência com o término estabelecido para dia 28/04/2006, não restando dúvida

sobre a não aplicabilidade, neste caso, do apontamento de irregularidade feito pela Auditoria desta Corte em relação à necessidade de firmar Termo de Aditamento para o período previsto entre 29/04/2004 a 31/12/2004, visto estar amparado pela renovação por mais um período constante no termo contratual.

A conclusão pela irregularidade dos Termos Aditivos 012/2003, 016/2004 e 050/2004 se deu pelo não encaminhamento das informações do ajuste ao SERI, o que também relevo por impropriedade formal, na medida que não maculou o ajuste.

Ainda no TA 50/2004 foi apontada infringência pela não apresentação da Certidão Negativa de Débito junto ao INSS e certidão de regularidade junto ao FGTS.

Aponto que o respectivo TA foi firmado em 28/12/2004 e foi juntado aos autos documento de fls. 109 comprovando a regularidade da entidade junto ao FGTS no período compreendido entre 15/12/2004 a 13/01/2005, ou seja, abarcando a data da assinatura do termo.

Em relação à CND do INSS, noto que a certidão anteriormente apresentada expirou em 16/12/2004, ou seja, 12 (doze) dias antes da data da assinatura do aditamento; bem como que às fls. 110 dos autos existe Termo de Compromisso firmado pela conveniada afirmando a regularidade desta e solicitando o prazo de 10 dias para juntada do documento. Entendo como falhas formais passíveis, também, de relevação.

Por todo o exposto, **JULGO REGULAR** o Convênio nº 057/2002 e dos Termos Aditivos 012/2003, 016/2004, 050/2004 e s/nº de 2004 celebrado entre a Secretaria Municipal de Educação e o Núcleo Assistencial à Criança Excepcional Mundo Encantado – NACEME, tendo como objeto o atendimento, na área educacional, a portadores de deficiência física e/ou mental nos níveis leve, moderado e severo, na faixa etária de 2 a 37 anos, no período de 12 meses.

É assim que voto, Senhor presidente. **(2.794ª S.O.)**.

Voto de desempate proferido pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim:

Cuida-se nos autos do julgamento do Convênio nº 057/2002 e dos Termos Aditivos nºs 012/2003, 016/2004 e 05/2004, formalizados entre a Secretaria Municipal de Educação e o Núcleo Assistencial à Criança Excepcional Mundo Encantado – NACEME, tendo por objeto o atendimento, na área educacional, a portadores de deficiência física e/ou mental nos níveis leve, moderado e severo, na faixa etária de 2 a 37 anos.

De um lado, os Conselheiros Edson Edson Simões e Domingos Dissei julgaram irregulares os Ajustes e acolheram, em caráter

excepcional, seus efeitos financeiros, ao passo que, na face oposta, os Conselheiros João Antonio e Maurício Faria acolheram os Ajustes.

Verificando-se, portanto, empate na votação, avoquei o processo para proferir o voto de desempate, no uso da competência ditada pelo artigo 25, inciso IX, do Estatuto Regimental.

Sem embargo do respeito aos fundamentos expostos na declaração de voto do eminente Conselheiro João Antonio, entendo que as irregularidades apontadas pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal e pela Secretaria Geral não foram afastados e nem adequadamente justificados pela Pasta contratante.

Realmente, os argumentos expostos pelo Cons. Relator Edson Simões, amplamente respaldados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral, revelaram irregularidades que não podem ser ignoradas ou desprezadas no julgamento deste TC.

A aceitação excepcional dos efeitos financeiros dos Ajustes, de outra parte, foi justificada com proficiência pelo douto Relator, considerando seu encerramento no ano de 2005, sem que fossem demonstrados prejuízos ao Erário Público e má-fé dos agentes envolvidos, além de que não foi comprovada a existência de débitos com o INSS e com o FGTS, embora não tenham sido apresentadas as certidões pelas entidades conveniadas, à época da formalização do Convênio nº 057/2002 e de seus aditamentos.

Proclamação do Resultado

O Tribunal decidiu, por maioria, com voto de desempate desta Presidência, julgar irregulares o Convênio nº 057/2002 e os Termos Aditivos nºs 012/2003, 016/2004 e 05/2004, formalizados entre a Secretaria Municipal de Educação e o Núcleo Assistencial à Criança Excepcional Mundo Encantado – NACEME, acolhendo, porém, excepcionalmente, os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos.