TC nº 72-003.029.06-49

ANÁLISE. CONVÊNIO. SME. Atendimento de alunos da Rede Municipal de Ensino e de crianças e adolescentes em situação de risco. Programa São Paulo é uma Escola. REGULAR. Votação unânime.

Legislação citada: Arts. 7º, caput e 10, IV, parágrafo único, Lei Mun. 13.701/2003. Ports. SME 4.655/05, 5.167/05, 6.858/05 e 80/06**.**

Relatório e voto englobado TCs 72.002.808.06-08 e 72.003.029.06-49

2.772ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 07/12/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, com relatório e voto, JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA, com voto apresentado em separado, e DOMINGOS DISSEI, em julgar regular o Convênio 061/2005.

ACORDAM, afinal, 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 a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de outubro de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Os **TCs 3.029.06-49 e 2.808.06-08**, tramitados em conjunto, tratam do Termo de Convênio nº 061/SME/2005, celebrado em 13 de outubro de 2005, entre a Secretaria Municipal de Educação e o Instituto de Estudos, Pesquisa em Tecnologia Social, Educação, Cultura e Desenvolvimento – ITED, tendo por objeto o atendimento de alunos da Rede Municipal de Ensino e, excepcionalmente, de crianças e adolescentes em situação de risco, por meio do *Programa São Paulo é uma Escola,* pelo período de 12 (doze) meses, no valor de R$ 3.138.480,00 (três milhões, cento e trinta e oito mil quatrocentos e oitenta reais).

O **TC 3.029.06-49** ocupa-se da análise formal do referido Convênio, já o **TC 2.808.06-08** objetiva o acompanhamento de sua execução.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle opinou pela regularidade do ajuste, considerando ter sido devidamente elaborado o plano de trabalho, assim como exarado o despacho de autorização antes da vigência do ajuste e expedida nota de empenho suficiente para atender à despesa do exercício, emitida tempestivamente, obedecido o princípio da anualidade, como também atendidos os demais requisitos legais à sua formação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo também opinou pela regularidade formal do ajuste. Todavia, sugeriu que fosse determinado à Origem "*providenciar a lavratura de Termo de Aditamento readequando os valores e seu período, vez que os mesmos sofreram modificações que não constam do Convênio analisado*".

Oficiada para que apresentasse cópia do Termo de Aditamento através do qual deveriam ser realizadas as adequações de atividades, valores e períodos antes ajustados, a Secretaria Municipal de Educação fez juntar cópias de documentos e pronunciamentos dos "*setores competentes*" da Pasta, relativos aos aspectos questionados por esta Corte de Contas. Aduziu estar aguardando informações dos contatos telefônicos travados com a Conveniada para a lavratura do Termo de Aditamento.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acusou a manifestação da Origem e, embora não constando dos autos cópia do Termo de Aditamento no qual estaria providenciada a readequação do ajuste, ponderou que "*nada foi trazido à baila, com o condão de modificar o entendimento de fls. 107/109, pelo que permitimo-nos ratificar o ali contido, pelo acolhimento do Convênio 'sub examine', sem prejuízo das recomendações que o Nobre Conselheiro Relator entender necessárias*".

A Procuradoria da Fazenda Municipal, invocando os pronunciamentos favoráveis exarados pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal de Contas, requereu o acolhimento do Convênio.

A Secretaria Geral opinou pelo acolhimento do ajuste.

Novamente oficiada, a Secretaria Municipal de Educação informou o não comparecimento da Conveniada para assinatura do Aditamento e, ainda, a notícia do término do Convênio em 12 de outubro de 2006.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle manifestou-se assinalando que as informações prestadas apenas indicam a ausência de lavratura do Termo Aditivo.

Agregou que, com isso, a única pendência refere-se à necessidade de lavratura do Termo de Aditamento para adequação do Convênio quanto a período e valores. Ponderou tratar-se de "*questão de ordem jurídico-formal e não contábil/orçamentária. Aliás, há, inclusive, uma impossibilidade jurídica para a lavratura do Termo de Aditamento, pois o Convênio nº 061/2005 terminou em 12/10/2006*". Diante disso, manteve suas conclusões sobre a análise contábil/orçamentária, renovando sua posição pela regularidade do Convênio.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo afirmou que os documentos apresentados pela Origem dizem tão somente das razões que impediram a lavratura do Aditamento. Afirmou, por outro lado, a possibilidade de acolhimento do Convênio, vez que adequadamente formalizado, ademais, finalizado em 12 de outubro de 2006. Ponderou que, não obstante determinação para readequação e ajustes relativamente às atividades, aos valores e períodos que constam das cláusulas iniciais do Convênio, essa pendência, no seu entender, não impede o acolhimento do ajuste.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu igualmente o acolhimento do instrumento em análise, apoiando-se no parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, ressaltando que a ausência do Termo de Aditamento não gerou qualquer prejuízo concreto, tendo em vista, sobretudo, que o Convênio encerrou-se em 12 de outubro de 2006.

A Secretaria Geral acompanhou as conclusões lançadas pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal de Contas, considerando a possibilidade de acolhimento do Convênio, visto que adequadamente formalizado e finalizado em 12 de outubro de 2006.

Quanto ao acompanhamento da execução do Convênio nº 061/SME/2005, objeto do TC nº 2.808.06-08, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, de início, fez constar em seu parecer que a avaliação da efetividade das oficinas está a cargo da Comissão de Acompanhamento do Programa *São Paulo é uma Escola*, composta por servidores designados pelas Portarias SME nº 4655/2005, 5167/2005, 6858/2005 e 80/2006.

Para implantar o objeto do Convênio, ou seja, atendimento de alunos da rede Municipal de Ensino e, excepcionalmente, de crianças e adolescentes em situação de risco, a Conveniada pretendeu realizar, segundo o Programa de Trabalho, 5.812 (cinco mil oitocentas e doze) oficinas, atendendo de 20

(vinte) a 30 (trinta) alunos cada, com duração de 2 horas, em local indicado pela Secretaria Municipal de Educação, ao custo de R$ 45,00 (quarenta e cinco reais) ao mês, por oficina, compreendendo atividades de artes plásticas, brinquedoteca, dança, xadrez etc.

Constatou a Auditoria que a quantidade de oficinas efetivamente realizada ficou significativamente abaixo do previsto, visto que o percentual máximo ficou em 40,7% (quarenta inteiros e sete décimos), sem que houvesse aditamento alterando para menos o número de oficinas, conforme previsto na Cláusula Nona do Convênio.

A Auditoria promoveu o exame de documentos e visitas, tanto à Secretaria Municipal de Educação como às Unidades onde ocorreram as oficinas, no período de outubro de 2005 a abril de 2006, como também à Conveniada, visando constatar "*in loco*" o cumprimento das cláusulas do ajuste, tendo relatado o que segue.

Em entrevista com os servidores da Secretaria responsáveis pelo Convênio, "*fomos informados que não existem instrumentos para aferição do grau de satisfação do público atendido e da efetividade do Programa, conforme item 6.6 da cláusula sexta do Termo*".

Já nos locais onde ocorreram as oficinas, constatou a Auditoria procedimentos de controle das atividades em conformidade com a subcláusula quarta da cláusula quinta do Termo.

Destacou a Auditoria duas observações quanto aos valores pagos e as retenções legais:

1.- não foram encontradas nos autos Notas Fiscais de serviços emitidas;

2.- também não foram encontrados nos autos esclarecimentos suficientes para os descontos classificados como "outros", de R$ 3.087,05 (três mil e oitenta e sete reais e cinco centavos).

Não obstante tais registros, entendeu que a execução do Convênio, com despesas liquidadas e pagas de R$ 495.360,00 (quatrocentos e noventa e cinco mil trezentos e sessenta reais), encontra-se regular com as seguintes ressalvas:

1.- falta atualização do endereço da Conveniada no Estatuto;

2.- falta de emissão de Nota Fiscal de Serviço;

3.- retenções sob o título “outros” no valor de R$ 3.087,05 (três mil e oitenta e sete reais e cinco centavos), para as quais não há esclarecimentos suficientes;

4.- a quantidade de oficinas realizadas ficou significativamente aquém do previsto, sendo que atingiu no máximo 40,7% (quarenta vírgula sete por cento);

5.- faltam instrumentos para aferição do grau de satisfação do público atendido e da efetividade do Programa, conforme o item 6.6 da cláusula sexta do Termo.

Em novo parecer, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle informou que:

1.- a Secretaria Municipal de Educação – SME não vem exigindo da Conveniada a emissão de Nota Fiscal de Serviços, em desconformidade com o disposto no artigo 7º, *caput*, da Lei Municipal nº 13.701/2003;

2.- a diferença de R$ 3.087,05 (três mil e oitenta e sete reais e cinco centavos), apurada no Relatório de Auditoria, é originária do procedimento utilizado pela Secretaria Municipal de Educação – SME para a regularização dos pagamentos efetuados a maior à Conveniada, e para a restituição de multa e juros pagos com recursos do Fundo Provisionado;

3.- embora tal desconto se demonstre legal, verificou não existir, nos processos de pagamento, demonstrativos de sua realização;

4.- a Origem deveria passar a registrar nos processos de pagamento toda e qualquer informação que altere o pagamento realizado, em conformidade com o princípio constitucional da publicidade.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo afirmou que a Origem não exigiu da Conveniada a apresentação de Nota Fiscal de Serviços, como, também, não apresentou nenhum protocolo comprobatório do requerimento de imunidade tributária, que poderia ser alternativa à apresentação de nota fiscal, já que os responsáveis tributários ficam desobrigados da retenção e do pagamento do imposto (ISS), nos termos do artigo10, inciso IV, parágrafo único, da Lei Municipal nº 13.701/2003.

Contra o argumento da Origem de não ter havido prejuízo ao Erário com tal descumprimento, sustentou não caber à Administração Pública desatender exigência de lei alegando ausência de prejuízo, uma vez que a Administração sujeita está ao princípio da legalidade, só lhe cabendo agir segundo o determinado em lei. E a afronta às determinações legais verifica-se, sobretudo, ante o descumprimento do artigo 7º da Lei Municipal nº 13.701.

Assinalou, ademais, que o princípio da publicidade impõe que todos os atos praticados pela Administração sejam comprovados e facilmente observados por qualquer interessado, o que obriga a Origem a demonstrar o recolhimento do ISS e não apenas declará-lo.

Ante o exposto, entendeu que o acompanhamento da execução do Convênio nº 061/SME/2005 pode ser considerado irregular, por infringir claramente exigência legal.

A Secretaria Municipal da Educação, oficiada na pessoa de seu Secretário, apresentou informações dos seus setores técnicos, esclarecendo ter sido grande, inicialmente, a procura pela participação nas oficinas, "*mas no decorrer do tempo muitos alunos deixaram de frequentar as oficinas, uma vez que cuidavam dos irmãos menores para a mãe trabalhar*". E, em razão do horário integral, após algum tempo, os familiares dos alunos menores passaram a ter dificuldades para buscá-los.

Já o grau de aferição de satisfação do público foi realizado por meio de conversas dos funcionários dos CEUS e Unidades escolares, visto que os professores sentiram uma melhora no comportamento e rendimento escolar de seus alunos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal argumentou que, ante aos esclarecimentos oferecidos pela Origem, "*os serviços foram executados a contento e o valor pago à Conveniada corresponde exatamente aos serviços efetivamente prestados*".

Aduziu, ainda, que o descumprimento da exigência de nota fiscal não acarretou prejuízo ao Erário, uma vez que a própria Origem reteve o ISS no momento do repasse do valor pactuado à Conveniada. Opinou, assim, pelo acolhimento da execução do convênio em análise, independentemente de envio à Origem das recomendações pertinentes.

A Secretaria Geral apreciou a execução do presente Convênio, enfrentando duas questões apontadas pela Especializada:

a.- necessidade ou não de a Conveniada emitir Nota Fiscal de Serviço referente ao ISS e, ao mesmo tempo, de a Origem exigir ou não a sua apresentação;

b.- significado da diferença de R$ 3.087,05 (três mil e oitenta e sete reais e cinco centavos).

Quanto à falta de emissão de Nota Fiscal de Serviço, assinalou que caberia à Conveniada, na condição de "prestadora" do serviço, emitir tal nota fiscal. Não o fazendo, caberia ao "tomador" do serviço, ou seja, à Secretaria Municipal de Educação reter e recolher o montante do ISS, como determina o artigo 7º, *caput*, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei Municipal nº 13.701/2003.

A Conveniada, no entanto, deixou de emitir a Nota Fiscal de Serviço por ter protocolado pedido requerendo o reconhecimento de sua imunidade tributária, o que lhe faculta o artigo 10, inciso IV, parágrafo único, da Lei Municipal nº 13.701/2003.

Nesse prisma, a Origem ficaria desobrigada de reter e recolher o ISS, desde que efetivada a concessão da imunidade tributária à Conveniada, por atendidas as exigências do parágrafo único do referido artigo 10 e, ainda, com amparo na Constituição Federal, em seu artigo 150, VI, "c" e parágrafo 4º.

Consta dos autos, entretanto, que o procedimento adotado pela Secretaria Municipal de Finanças da Prefeitura do Município de São Paulo consiste em fornecer à entidade um protocolo "*de que requereram seu pedido regularmente e, até, conforme a marcha da tramitação do respectivo Processo Administrativo ou conforme o caso, uma Declaração, firmada pelo Diretor de RM-61, de que tal Processo está sob análise*".

Segundo a Secretaria Geral, o procedimento adotado pelo setor Fiscal da Prefeitura Municipal, ao qual compete a cobrança de impostos, é devidamente correto e legal. Ainda no seu entender, a apresentação do protocolo provisório é suficiente para comprovar a regularidade da Conveniada perante o Fisco e, ao mesmo tempo, para desobrigar a Secretaria Municipal de Educação de reter e pagar o ISS em relação aos serviços tomados.

Todavia, de acordo com a Portaria 913/79 da Secretaria Municipal de Finanças da Prefeitura do Município de São Paulo, que dispõe sobre pedidos de reconhecimento de imunidade tributária das instituições de educação e de assistência social, relativamente ao ISS, há necessidade de comprovação do preenchimento das condições e dos requisitos exigidos para a caracterização e manutenção da entidade como imune, o que se faz por meio da apresentação de diversos documentos lá constantes.

E o que consta dos autos é que a Conveniada não comprovou seu pedido de imunidade, tampouco satisfez os requisitos da aludida Portaria.

Diante da omissão da Conveniada, entendeu a Secretaria Geral dever incidir no presente caso as normas do artigo 7º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei Municipal nº 13.701/2003, "*pelas quais caberá à SME* [Secretaria Municipal de Educação] *exigir da Conveniada a apresentação da Nota Fiscal de Serviços e, na hipótese da não apresentação desta, competirá à SME* [Secretaria Municipal de Educação] *a retenção e o recolhimento do ISS*".

Como tal procedimento não foi observado, entendeu a Secretaria Geral como irregular a execução do presente Convênio.

Quanto à diferença de R$ 3.087,05 (três mil e oitenta e sete reais e cinco centavos), expressou a Secretaria Geral sua concordância com o Órgão Auditor, sendo o montante referente à regularização dos pagamentos efetuados a maior à Conveniada, bem como para a restituição de multa e juros pagos com recursos do Fundo Provisionado, ou seja, não havendo com isso prática de nenhuma irregularidade.

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

Trata-se da análise formal e da execução do Convênio nº 061/SME/2005, cujo signatário e ordenador da despesa era o então Secretário Municipal da Educação, falecido, José Aristodemo Pinotti.

Conforme relatado, a análise formal do ajuste, realizada no TC 3.029.06-49, mereceu manifestação unânime pelos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas, assim como da Secretaria Geral, no sentido da sua regularidade.

Todavia, o mesmo não ocorreu em relação à sua execução, analisada no TC 2.808.06-08, tendo a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral se manifestado pela sua irregularidade.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou "*pela irregularidade da execução do Convênio 061/2005 em função da falta de exigência por parte da Origem da apresentação de Nota Fiscal de Serviço pela Conveniada, em descumprimento ao art. 7º paragrafo 1º, I, da Lei Municipal nº 13.701/2003*".

A Secretaria Geral opinou "*pela irregularidade da execução do Termo de Convênio 061/2005, em face da ausência de provas trazidas pela Conveniada de que realmente era detentora do protocolo provisório de imunidade tributária, bem como pelo descumprimento dos requisitos da Portaria 913/79, de modo a se tornar necessária a aplicação do art. 7º, § 1º, inciso I, da Lei Municipal nº 13.701/2003*".

Do exposto, com fundamento nas manifestações favoráveis da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, nos autos do TC 3.029.06-49, que passam a integrar o presente voto, julgo regular o Convênio 061/SME/2005.

Por outro lado, acompanhando os pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral no TC 2808.06-08, julgo irregular a execução do Convênio 061/SME/2005, referente ao período de outubro de 2005 a abril de 2006.

Todavia, considerando que nos autos não foram apontados prejuízos ao erário e que, ainda, além da manifestação unânime quanto à

regularidade do aspecto formal do ajuste, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle afirmou que "*a presente execução com valor liquidado e pago no montante de R$ 495.360,00* [quatrocentos e noventa e cinco mil trezentos e sessenta reais]*, encontra-se regular*", acolho, excepcionalmente, os efeitos financeiros produzidos, em atenção à segurança jurídica.

Após, arquivem-se os autos.

VOTO em separado englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

À vista dos elementos contidos nos autos, em conformidade com as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, voto pela irregularidade da execução contratual tratada no Processo TC 72.002.808.06-08.

Das ressalvas indicadas pela Especializada, destaco o apontamento feito de que a quantidade de oficinas realizadas ficou significativamente aquém do previsto, atingindo no máximo 40,7% da previsão inicial.

Para melhor compreensão, reproduzo abaixo o quadro demonstrativo das oficinas efetivamente realizadas, apresentado pela Auditoria às fl. 54 dos autos:

QUADRO 1 - OFICINAS EFETIVAMENTE REALIZADAS

Mês	Efetivadas	Previstas	Diferença	Var. %
Outubro/2005	484	5.812	5.328	8,3
Novembro/2005	1.655	5.812	4.157	28,5
Dezembro/2005	1.594	5.812	4.218	27,4
Janeiro/2006	1.429	5.812	4.383	24,6
Fevereiro/2006	1.210	5.812	4.602	20,8
Março/2006	2.364	5.812	3.448	**40,7**
Abril/2006	2.272	5.812	3.540	39,1

Fonte: PAs 2005-0.257.654-1 e 2006-0.087.933-6.

Assim, em razão do objeto do Convênio – atendimento de alunos da Rede Municipal de Ensino e, excepcionalmente, de crianças e adolescentes em situação de risco, por meio do Programa São Paulo é uma Escola – entendo que tal falha comprometeu a execução, sendo certo que os esclarecimentos prestados pela Origem de que *"inicialmente a procura pela participação nas oficinas foi grande, mas no decorrer o tempo muitos alunos deixaram de frequentar as oficinas uma vez que, cuidavam dos irmãos menores para a mãe trabalhar"*, não se mostram aptos ao acolhimento da execução ora tratada.

A meu ver, no caso concreto, tal irregularidade possui ainda maior relevância do que a não exigência, pela Origem, da apresentação da Nota Fiscal de Serviços, utilizada como fundamento para o não acolhimento da execução contratual, nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretara Geral.

Todavia, considerando que não houve o satisfatório desenvolvimento do contraditório, posto que a entidade conveniada não foi chamada aos autos durante a instrução, bem como a ausência de notícia de dolo ou má-fé dos agentes envolvidos e de prejuízo, aceito em caráter excepcional os efeitos financeiros produzidos.

No tocante ao **TC 3.029.06-49**, em conformidade com as manifestações unânimes dos órgãos técnicos e da Secretaria Geral, voto pelo acolhimento do Convênio nº 061/2005.