TC nº 72-003.407.05-03

ANÁLISE. CONVÊNIO. TERMOS ADITIVOS. NOTA DE EMPENHO. SMADS. Atendimento destinado às crianças. Creche. Convênio REGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime. Demais Termos REGULARES. Votação por maioria.

Legislação citada: Art.195, § 3º, CF/88. Art. 57, § 2º e 116, Lei 8.666/93. Art.2º, Lei 9.012/95. Art.1º, Lei Mun. 11.184/92. Inst.01/02 e Res.05/02-TCMSP.

Relatório e voto englobado TC 72.003.278.05-62

2.745ª Sessão Ordinária

Transito em julgado: 31/07/2015

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, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular o Convênio 457/SAS-SME/2002.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, com declaração de voto apresentada, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, em julgar regulares os termos aditivos, em sua integralidade, superando as irregularidades constatadas por serem de natureza meramente formal.

Vencido o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, que julgou irregulares os termos aditivos e a nota de empenho.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em acolher os efeitos financeiros produzidos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que, após o cumprimento das formalidades legais, se arquivem estes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 4 de junho de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

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

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuidam os autos da análise do **TC nº 3.407/05-03** do exame do Convênio nº 457/SAS-SME/2002, do Aditamento nº 512/SME/2003, da Nota de Empenho nº 78637 e do Aditamento nº 09/Subprefeitura Lapa/2004, celebrados entre a Secretaria Municipal de Educação e a Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social e a Associação de Proteção à Maternidade, à Infância e à Adolescência – ASPROMATINA para o atendimento às crianças por meio de Centro de Educação Infantil/Creche, no valor de R$ 371.136,00 (trezentos e setenta e um mil, cento e trinta e seis reais), com prazo de duração de 12 (doze) meses, iniciado em 01.07.2002.

O **TC nº 3.278/05-62**, ora relatado e julgado em conjunto, é tratado no acompanhamento da respectiva execução contratual.

A Coordenadoria IV concluiu pela regularidade do Convênio. (folhas 178/180)

Com relação ao Termo Aditivo nº 512/SME/2003, que teve por objeto a alteração das cláusulas do Convênio, prorrogação de prazo por mais 24 meses e alteração do valor inicial para R$ 409.176,00 (quatrocentos e nove mil, cento e setenta e seis reais), concluiu a Coordenadoria IV por sua irregularidade, diante dos seguintes apontamentos:

a) Infringir a Instrução nº 01/02 e a Resolução nº 05/02 pelo não encaminhamento das informações do ajuste pelo sistema SERI.

b) Infringir o § 2º do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93 por incluir no Termo de Convênio cláusula de prorrogação automática. (folhas 181/184)

No tocante à Nota de Empenho nº 78637, cujo objeto foi a prorrogação do prazo por outros 24 meses, com alteração do valor para R$

868.800,00 (oitocentos e sessenta e oito mil e oitocentos reais), a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu por sua irregularidade pelos seguintes motivos:
(folhas 185/188)

a) Suceder o Termo de Aditamento nº 512/SME/2003, considerado irregular.

b) Infringir a Instrução nº 01/02 e a Resolução nº 05/02, pelo não encaminhamento das informações através do SERI.

c) Infringir o §3º do artigo 195 da CF/88 e artigo 1º da Lei Municipal nº11.184/92, pela não apresentação da CND (Certidão Negativa de Débito) à época do início da prorrogação do Convênio.

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

Finalmente, a respeito do Termo de Aditamento nº09/Subprefeitura Lapa/2004, concluiu, igualmente, pela irregularidade, pelos seguintes fundamentos:

a) Suceder o Termo de Aditamento nº 512/SME/2003, havido como irregular.

b) Infringir a Instrução nº 01/02 e a Resolução nº 05/02, pelo não encaminhamento das informações do ajuste pelo SERI.

c) Infringir o artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95, pela não apresentação do certificado de regularidade fiscal perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, à época da lavratura do ajuste. (folhas 189/192)

Oficiada, a Secretaria Municipal de Educação apresentou os seus esclarecimentos. (folhas 195/204)

Regularmente intimados, apresentaram defesa os Signatários do Ajuste às folhas 197/204 e 210/223 e o Ordendor de Despesa às folhas 225/238 dos autos. Nas defesas, todas com conteúdo similar, alegaram os Defendentes, no tocante à suposta não comprovação de regularidade fiscal à época da lavratura do ajuste, que houve emissão de uma Certidão Negativa de Débito com validade até 28/06/04 e de outra com início em 27/07/04, e ainda emissão de um certificado de regularidade com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço com validade até 23/11/04 e de outro com início em 02/12/04.

No que tange à inserção de cláusula de prorrogação automática, arguiram dispor o artigo 116 da Lei 8.666/93 que *"aplicam-se as disposições desta lei, **no que couber**, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres..."* o que daria *"amplo entendimento"*. Afirmaram, ainda, que a utilização da prorrogação automática é costumeira nos convênios firmados

pela Secretaria Municipal de Educação e que outros instrumentos, com o mesmo teor, já haviam sido analisados e aprovados por este Tribunal.

Com relação à suposta ausência de despacho autorizatório para a prorrogação de prazo, sustentaram que, uma vez preenchidos os requisitos legais para a concessão de autorização, inexiste discricionariedade para a administração conceder ou negar a prorrogação. Acrescentaram tratar-se de erros formais, os quais não teriam causado prejuízo ao erário ou impedido o cumprimento do objeto conveniado. Por fim, aventaram os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não obstante os argumentos oferecidos pela Origem, a Coordenadoria IV, em nova análise, ratificou suas conclusões precedentes no sentido da regularidade do Convênio e irregularidade dos Termos Aditivos e Nota de Empenho. (folhas 243/246)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo destacou que os argumentos apresentados pelos Defendentes não modificaram a situação fática constatada pelos auditores. No que diz respeito à prorrogação automática, considerou tratar-se de infração prevista no §2º do artigo 57 da Lei 8.666/93, desimportando sua utilização costumeira ou eventual em outros convênios da Secretaria Municipal de Educação.

Todavia, no tocante à falta de apresentação de regularidade fundiária, à época da lavratura dos Termos Aditivos, ressaltou que as certidões juntadas comprovaram *"a situação de regularidade junto ao FGTS nos períodos anteriores e posteriores à celebração do convênio, que demonstram estarem mantidas as condições de habilitação da conveniada".*

Por fim, frisou a inexistência de prejuízos ao erário e as peculiaridades de que são dotados os Convênios, motivo pelo qual opinou pelo seu acolhimento nos seguintes dizeres:

"Considerando-se tratar de celebração de Convênio, cuja principal característica é a comunhão de interesses, a parceria dos partícipes; diante da conclusão de sua regularidade alcançada pelos analistas precedentes, e, sobretudo em vista da inexistência de prejuízos ao erário público, permito-me sugerir, em caráter excepcional, a despeito das impropriedades apuradas nos termos aditivos, seja o Convênio acolhido, sem prejuízo das determinações, para que no futuro sejam observados os ditames legais". (folhas 249/251)

Parecer da Assessoria Jurídica na íntegra:

"Com efeito, os argumentos apresentados pelos defendentes não modificaram a situação fática constatada pelos auditores.

A prorrogação automática constitui a infração prevista pelo parágrafo segundo, do art. 57, da Lei Federal 8.666/93, desimportando sua utilização costumeira ou eventual em outros convênios da SME.

No tocante à falta de apresentação de regularidade fundiária nos termos aditivos, respectivamente à época do início da prorrogação do Convênio e na da elaboração do TA/09, verifica-se que as certidões juntadas comprovam a situação de regularidade junto ao FGTS nos períodos anteriores e posteriores à celebração do convênio, que demonstram estarem mantidas as condições de habilitação da conveniada.

Diante do exposto, considerando-se tratar de celebração de Convênio, cuja principal característica é a comunhão de interesses, a parceria dos partícipes; diante da conclusão de sua regularidade alcançada pelos analistas precedentes, e, sobretudo em vista da inexistência de prejuízos ao erário público, permito-me sugerir, em caráter excepcional, a despeito das impropriedades apuradas nos termos aditivos, seja o Convênio acolhido, sem prejuízo das determinações, para que no futuro sejam observados os ditames legais".

Em remate, a Assessora Chefe destacou o seguinte:

"Com a manifestação expendida nesta AJCE, que acompanho, opino pelo acolhimento dos instrumentos sob exame, em caráter excepcional, com proposta de determinação à Origem para que não faça consignar, nos Termos de Convênio da Pasta, previsão de prorrogação automática de prazo, à vista do que dispõe o § 2º, do artigo 57 da Lei Federal nº. 8.666/93, requisitando sempre, por cuidar-se de exigência constitucional, a CND e a certidão negativa de débito perante o FGTS vigentes na data da celebração do ajuste". (folhas 249/253)

O Órgão Fazendário endossou o parecer favorável da Assessoria Jurídica de Controle Externo pela regularidade de todos os instrumentos. (folhas 255/258)

No mesmo diapasão pronunciou-se a Secretaria Geral, pelo acolhimento do Convênio e Aditivos, relevando-se as falhas apontadas, as quais não teriam tido o condão de macular substancialmente os instrumentos analisados.

Salientou, ainda, a supremacia do interesse público envolvido no objeto dos ajustes, as peculiaridades do Convênio – existência de objetivos comuns entre os interessados – e a ausência de prejuízo ao erário, nos seguintes dizeres:

"De início, impõe-se assinalar que o instrumento objeto de análise constitui ajuste em que os interesses são convergentes, na busca de um fim público, configurando o chamado convênio administrativo, definido pela doutrina como um acordo celebrado entre o Poder Público e entidades públicas

ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, em regime de mútua cooperação.

Segundo leciona Marçal Justen Filho, no convênio administrativo 'a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem — ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe'. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª Ed., Dialética, pág. 629).

No ajuste ora examinado, a PMSP (através da Secretaria de Assistência Social e de Educação) e a Associação de Proteção à Maternidade, Infância e Adolescência figuram como partícipes, com as mesmas pretensões, e não como partes, com interesses opostos, estando os objetivos comuns — de interesse da coletividade — definidos na cláusula primeira e as responsabilidades mútuas, descritas na cláusula quarta.

Como se cuida de um convênio, e não de um contrato, necessário verificar se foram observadas as exigências do art. 116 da Lei Federal nº 8.666/93, que devem ser cumpridas em tudo que seja compatível com o objeto do ajuste, já que a finalidade do dispositivo é a de estabelecer normas sobre a aplicação e o controle dos recursos repassados.

Na hipótese sob exame, nenhuma irregularidade foi apurada relativamente ao Termo de Convênio (fls. 178/180), apontando-se, no entanto, impropriedades quanto ao Termo de Aditamento nº 512/SME/2003 (infringência ao § 2º do art. 57 da Lei Federal nº 8.666/93, por consignar cláusula de prorrogação automática), à NE nº 78637 (falta do despacho autorizatório, não lavratura do TA, ausência de CND à época da prorrogação) e ao Termo de Aditamento nº 09/Subprefeitura Lapa/2004 (não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal junto ao FGTS).

Ainda que não elididas as impropriedades apuradas, penso que o interesse público envolvido no objeto dos ajustes — atendimento de crianças por meio de Centro de Recreação Infantil/Creche — permite a convalidação das falhas, que não tiveram o condão de macular substancialmente os instrumentos analisados.

Efetivamente, o princípio da supremacia do interesse público, que deve servir como vetor de interpretação na edição de leis ou atos normativos, assim como em sua aplicação, recomenda o acolhimento dos ajustes examinados, à vista do caráter formal das impropriedades constatadas e da inexistência de prejuízo.

Ademais, como se trata de convênio, que envolve comunhão de interesses dos partícipes, e nada foi apontado quanto ao Plano de Trabalho elaborado (fls. 14/101), conclui-se que foram atendidas as exigências do art. 116 da Lei Federal nº 8.666/93.

Diante do exposto, acompanhando o teor dos posicionamentos precedentes, opino pelo acolhimento do Convênio nº 457/SAS-SME/2002 e respectivos Termos de Aditamento, com as determinações entendidas cabíveis à vista das impropriedades constatadas". (folhas 260/264)

No tangente à execução do Convênio, analisada no TC nº 3.278.05-62, concluiu a Subsecretaria de Fiscalização e Controle pela regularidade da execução parcial do Convênio nº 457/SAS-SME/2002 no valor de R$ 261.296,00 (duzentos e sessenta e um mil, duzentos e noventa e seis reais) da despesa liquidada em 2005. (folhas 52/60)

Endossando tais conclusões, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral propuseram o acolhimento da execução no montante de R$ 261.296,00 (duzentos e sessenta e um mil, duzentos e noventa e seis reais) da despesa liquidada em 2005, uma vez que no Relatório elaborado pela Coordenadoria IV não remanesceu nenhum questionamento jurídico. (folhas 63/65, 68/71, 72/74 e 76/77)

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

As manifestações da Coordenadora III, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, foram unânimes pela regularidade do Convênio.

No que tange aos Termos de Aditamento e à Nota de Empenho, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle manteve a conclusão de irregularidade respectivamente em razão do seguinte:

1) "Infringência ao § 2º do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93 por inclusão de cláusula de prorrogação automática;

2) Infringência ao § 3º do artigo 195 da Constituição Federal pela não apresentação da CND (Certidão Negativa de Débito) à época do início da prorrogação do Convênio; e

3) Infringência ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95, pela não apresentação do certificado de regularidade fiscal perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, à época da lavratura do ajuste."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral constataram que as impropriedades não foram elididas.

Diante do exposto, com amparo no pronunciamento da Subsecretaria de Fiscalização, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral cujos fundamentos adoto como razões de decidir, julgo regular o

Convênio nº457/SAS-SME/2002 e irregulares o Termo de Aditamento nº 512/SME/2003, a Nota de Empenho nº 78637 e o Termo de Aditamento nº 09/Subprefeitura Lapa/2004.

Todavia, acolho os seus efeitos financeiros em atenção ao parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo que ponderou: "*considerando-se tratar de celebração de Convênio, cuja principal característica é a comunhão de interesses, a parceria dos partícipes; em vista da inexistência de prejuízos ao erário público, permito-me sugerir, em caráter excepcional, a despeito das impropriedades apuradas nos termos aditivos, seja o Convênio e Aditivos acolhidos."*

Com relação ao TC nº 3.278/05-62, alicerçado nas mesmas razões, julgo regular a execução parcial do Convênio Nº457/SAS-SME/2002, no valor de R$ 261.296,00 (duzentos e sessenta e um mil e duzentos e noventa e seis reais), referente à despesa liquidada no exercício de 2005, uma vez que, conforme constatado pela Auditoria, *"as parcelas repassadas à Convenente foram devidamente utilizadas na consecução do objeto".*

Determino a expedição de ofício à Origem a fim de que, em casos futuros, atente para as recomendações feitas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e pela Assessoria Jurídica[1].

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Declaração de VOTO englobado apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

Com fundamento uníssono entre as equipes de apoio desta Casa, voto pela REGULARIDADE DO CONTRATO, quanto aos termos aditivos, reconheço em caráter excepcional sua validade, superando as irregularidades alcançadas, com fundamento na supremacia do interesse público, uma vez que a prestação do serviço é de natureza essencial e continuada. Ademais, não existe nos autos qualquer menção de prejuízo ao erário.

Destaco como fundamento a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, ratificada pela Secretaria Geral:

"Diante do exposto, considerando-se tratar de celebração de Convênio, cuja principal característica é a comunhão de interesses, a parceria

---

[1] *Não faça consignar, nos Termos de Convênio da Pasta, previsão de prorrogação automática de prazo, à vista do que dispõe o §2º, do artigo 57 da Lei Federal nº8.666/93;*
Requisite sempre, por cuidar-se de exigência constitucional, a Certidão Negativa de Débito perante o Sistema de Seguridade Social e a Certidão Negativa de Débito perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS vigentes na data da celebração do ajuste, consoante disposto no §3º do artigo 195 da Constituição Federal, artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95 e artigo 29, IV da Lei 8.666/93.[1]
Que atente, à época da renovação dos contratos, para as exigências da lei quanto à manutenção, ***durante a execução do contrato****, de todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93).*

dos partícipes; diante da conclusão de sua regularidade alcançada pelos analistas precedentes, e, sobretudo em vista da inexistência de prejuízos ao erário, permito-me sugerir, em caráter excepcional, a despeito das impropriedades apuradas nos termos aditivos, seja o Convênio acolhido, sem prejuízo das determinações, para que no futuro sejam observados os ditames legais".

Ante o exposto, VOTO PELA REGULARIDADE DOS TERMOS ADITIVOS, em sua integralidade, reconhecendo, portanto, os efeitos financeiros e superandos as irregularidades apontadas por serem de natureza meramente formal.

Após as comunicações de praxe, ARQUIVEM-SE os autos.

Este é o meu voto, Senhor Presidente.