TC nº 72-003.437.07-36

2º julgado

RECURSO. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregulares os ajustes. Controle da população de animais no Município. SMS. CONHECIDO. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

2.870ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 14/11/2016

1º julgado

ANÁLISE. CONVÊNIO. TERMOS ADITIVOS. SMS. Controle da população de animais no Município. Ausência de CND. FGTS e INSS. Acessoriedade. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 195, § 3º, CF. Art. 2º, Lei 9.012/95. Art. 29, IV, Lei 8.666/93.

2.744ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso, por preenchidos os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, MAURÍCIO FARIA – Revisor e EDSON SIMÕES, em negar-lhe provimento para manter o V. Acórdão recorrido que, à unanimidade, aceitou os efeitos financeiros e julgou irregulares o Convênio de 26/9/2001 e os Termos Aditivos 048 e 090 de 2002 e 004/2003, o Termo Aditivo de 25/10/2001 e o Termo Aditivo 005/2004, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencido, no mérito, o Conselheiro JOÃO ANTONIO que, consoante declaração de voto apresentada, deu provimento ao apelo.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as medidas regimentais de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de maio de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de análise de recurso ordinário oposto pelo Sr. Gonzalo Vecina Neto, Secretário Municipal de Saúde que firmou o Termo Aditivo 004/2003, objetivando a reforma do v. Acórdão proferido em 28/05/2014, no qual se julgou, por unanimidade de votos, irregulares o Convênio s/nº de 25/10/2001 e os termos aditivos 048 e 090 de 2002 e 004/2003 e, por acessoriedade, o termo aditivo de 25/10/2001 e termo aditivo 005/2004, aceitando, ainda na decisão, os efeitos financeiros deles decorrentes, uma vez que o objeto foi cumprido e não houve prejuízo ao erário municipal[1]. Em análise da Auditoria, essa pontificou que não foram acrescentados elementos novos capazes de alterar seu relatório de fls. 143.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo em manifestação opinou pelo conhecimento e não acolhimento do recurso interposto, mantendo-se o v. acórdão recorrido, por seus próprios fundamentos.

---

[1] ... ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, com resguardo nos pronunciamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Secretaria Geral desta Corte, em julgar irregulares o Convênio de 26/9/2001 e os Termos Aditivos 048 e 090 de 2002 e 004/2003.
ACORDAM, ainda, à unanimidade, em julgar irregulares o Termo Aditivo de 25/10/2001 e o Termo Aditivo 005/2004, por acessoriedade.
ACORDAM, ademais, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros deles decorrentes, uma vez que o objeto foi cumprido e não houve prejuízo ao erário municipal.
ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em determinar o envio de ofício, acompanhado de cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, em resposta às solicitações feitas nos autos a fim de instruir o Inquérito Civil 110/2008. ...
ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que, após o cumprimento das formalidades legais, se arquivem estes autos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o provimento do recurso do interessado.

A Secretaria Geral constatou que o recurso preenche os requisitos do artigo 138 do regimento Interno desta Corte, pelo que merece ser conhecido.

Quanto ao mérito, o recorrente registrou inicialmente, que enquanto ocupava o cargo de Secretário Municipal da Saúde, foi responsável pela assinatura do Termo de Aditamento 4/2003, registrando que, portanto, suas razões restringem-se a demonstrar a regularidade deste ajuste.

Desta maneira, afirmou que a ausência da apresentação de Certidão Negativa de Débito do INSS e de Certidão de Regularidade perante o FGTS no momento da realização do termo de aditamento não trouxe prejuízo à Administração Pública e que a interrupção do ajuste sim poderia ocasionar prejuízo à saúde pública, considerando o escopo do termo que consistia no controle da população de animais no município.

Para tanto, considerou que a impropriedade poderia ser relevada, no mesmo sentido da decisão do Nobre conselheiro Maurício Faria proferida nos autos do TC 72-003.264.03-96, que entendeu ser desnecessária a comprovação da regularidade fiscal em situação que encontre respaldo nos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público.

Aduziu que a prorrogação do convênio foi a decisão mais acertada alinhada ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que a interrupção dos serviços para realização de novo processo seletivo causaria prejuízo mais relevante que a irregularidade apontada. Acrescentou, por fim, que a sobredita irregularidade poderia ser relevada alcançando apenas o campo das recomendações.

Com efeito, ao analisar os esclarecimentos apresentados, conforme bem destacado pelos órgãos técnicos desta C. Corte de Contas, as razões apresentadas pelo recorrente não foram capazes de afastar as irregularidades apontadas na R. Decisão de fls. 341/347, motivo pelo qual, deve ser mantida a decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Insta frisar, que as ausências de prejuízo ao erário e de dolo ou má fé, alegadas pelo Recorrente foram devidamente observadas no acolhimento dos efeitos financeiros dos ajustes.

Cumpre consignar que as questões ventiladas no recurso ora interposto já foram amplamente debatidas nestes autos, quando da fase de instrução probatória e de julgamento pelo Plenário.

Assim sendo, concluiu pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo não provimento do mesmo, mantendo-se o V. Acórdão combatido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

VOTO

1 - Por preencher os requisitos de admissibilidade, CONHEÇO do Recurso Ordinário interposto pelo Sr. Gonzalo Vecina Neto.

2 - No mérito, amparado nas manifestações da Auditoria, Assessoria Jurídica de Controle externo e Secretaria geral, que adoto como razões de decidir, NEGO PROVIMENTO ao Recurso em debate para manter o V. Acórdão recorrido que, à unanimidade, aceitou os efeitos financeiros e julgou irregulares o Convênio de 26/09/2001 firmados entre a Secretaria Municipal de Saúde e a Associação Paulista de Auxílio aos Animais e os Termos Aditivos 048 e 090 de 2002 e 004/2003, o termo aditivo de 25/10/2001 e o termo aditivo de 005/2004 por seus próprios e jurídicos fundamento.

3 - Após as medidas regimentais de praxe, arquivem-se os autos.

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro João Antonio

Cuida-se de análise de recurso ordinário oposto pelo Sr. Gonzalo Vecina Neto, Secretário Municipal de Saúde que firmou o Termo Aditivo 004/2003, objetivando a reforma do v. Acórdão proferido em 28/05/2014, no qual se julgou, por unanimidade de votos, irregulares o Convênio s/nº de 25/10/2001 e os termos aditivos 048 e 090 de 2002 e 004/2003 e, por acessoriedade, o termo aditivo de 25/10/2001 e termo aditivo 005/2004, aceitando, ainda na decisão, os efeitos financeiros deles decorrentes, uma vez que o objeto foi cumprido e não houve prejuízo ao erário.

Devolvida a matéria revejo o posicionamento anteriormente adotado considerando todas as manifestações dos órgãos técnicos desta Corte de Contas que opinaram pela possibilidade do acolhimento dos instrumentos em questão.

Os documentos de folhas juntados permitem, de fato, inferir que a conveniada à época encontrava-se em situação de regularidade junto ao INSS e FGTS, possibilitando a relevação da impropriedade formal das ausências de certidões quando das assinaturas dos termos respectivos.

O objeto foi cumprido, não houve prejuízo ao erário, tampouco dolo ou má-fé dos agentes envolvidos. Nesse sentido, conheço do presente recurso e dou provimento para reformar a decisão em comento e acolher todos os instrumentos, quais sejam, o termo de Convênio s/nº de 26/9/2001, o TA s/nº de 25/20/2001, o TA 048/02, o TA 090/02, o TA 004/2003 e o TA 005/04.

1º Julgado

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, com resguardo nos pronunciamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Secretaria Geral desta Corte, em julgar irregulares o Convênio de 26/9/2001 e os Termos Aditivos 048 e 090 de 2002 e 004/2003.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em julgar irregulares o Termo Aditivo de 25/10/2001 e o Termo Aditivo 005/2004, por acessoriedade.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros deles decorrentes, uma vez que o objeto foi cumprido e não houve prejuízo ao erário municipal.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em determinar o envio de ofício, acompanhado de cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, em resposta às solicitações feitas nos autos a fim de instruir o Inquérito Civil 110/2008.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que, após o cumprimento das formalidades legais, se arquivem estes 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, 28 de maio de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise do Convênio de 26/09/2001 celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde, através do Centro de Controle de Zoonoses e a Associação Paulista de Auxílio aos Animais, objetivando a prestação de serviços destinados ao controle populacional dos animais no Município de São Paulo (cirurgias de ovário-salpingo-histerectomia e orquiectomia em cães e gatos; atividades educativas sobre a posse responsável dos animais de estimação; vermifugação, vacinação, tratamento de escabiose e outras esctoparasitoses dos animais cadastrados; e registro e identificação dos animais cadastrados), no valor de R$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais) mensais, pelo período de 12 meses (sendo 12 parcelas de R$ 12.000,00).

Em julgamento também o Primeiro Termo Aditivo (s/nº), que teve por objeto a alteração das cláusulas 4ª e 6ª do Convênio a fim de, respectivamente, destinar recursos financeiros para, exclusivamente, cobrir despesas não permanentes (utilizadas no desenvolvimento dos serviços de OSH (cirurgias de ovário) e OC (orquiectomia), registro e identificação, vacinação vermifugação e educação) e alterar os valores dos procedimentos (observando o limite máximo de 500 animais); o Termo Aditivo nº 48/2002, que acrescentou 25% no objeto do convênio; o Termo Aditivo nº 90/2002, que prorrogou a vigência do Convênio por mais 12 meses e alterou a cláusula sexta para constar o acréscimo do número de cirurgias para até 600/mês (respeitando o valor mensal do convênio); o Termo Aditivo nº 4/2003, que alterou as cláusulas 1ª, 2ª, 4ª, 6ª, 8ª, 10ª, 11ª e 14ª estipulando o incremento de atividades de natureza educativa, modificando a forma de repasse, reduzindo o teto mensal para R$ 15.142,00 e alterando o prazo de vigência para 3 (três) anos; e, por fim, o Termo Aditivo nº 5/2004.

Após as alterações realizadas, o valor do Convênio, pelo período de 12 meses, passou a ser de R$ 188.487,00 (cento e oitenta e oito mil, quatrocentos e oitenta e sete reais).

A Coordenadoria IV concluiu pela irregularidade do Convênio, devido à ausência de certidão de regularidade fiscal junto ao FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), válido à época da lavratura do ajuste, infringindo o artigo 2º da Lei Federal 9.012/95 e o inciso IV do artigo 29 da Lei Federal 8.666/93.

Quanto ao Termo Aditivo nº 90/2002 e ao Termo Aditivo nº 04/2003, entendeu irregulares ante a inexistência de certidão negativa de débito junto ao INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), válidos à época da assinatura dos ajustes, violando o disposto no artigo 195, §3º, da Constituição Federal, no artigo 2º da Lei Federal 9.012/95 e no inciso IV do artigo 29 da Lei Federal 8.666/93.

Com relação ao 1º Termo Aditivo (de 25/10/2001), ao Termo Aditivo nº 48/2002 e ao Termo Aditivo nº 5/2004 concluiu pela regularidade destes (folhas 134/146).

Oficiada, a Secretaria Municipal da Saúde apresentou seus esclarecimentos (folhas 148/178).

A Coordenadoria IV, após analisar os documentos enviados pela Origem, ratificou seu posicionamento inicial (folhas 197/197v).

Ato contínuo, foram intimados os Signatários do Convênio e dos Termos Aditivos e a Conveniada. Todos apresentaram defesa (folha 198/276).

Após exame das defesas apresentadas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou sua conclusão precedente pela irregularidade do Convênio e do Termo Aditivo nº 90/2002 e 04/2003 devido à falta de apresentação, à época da lavratura dos ajustes, das certidões negativas de débitos, comprovando a regularidade fiscal da Conveniada.

Contudo, ressaltou que, tendo em vista que o Convênio já tinha se expirado, entendeu que as falhas poderiam ser relevadas, expedindo-se recomendação à Origem (folhas 286/288).

Instada a se pronunciar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que, apesar da violação ao artigo 195, §2º, da Constituição Federal, ao artigo 1º da Lei Municipal 11.184/92 e ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/05, o que em tese conduziriam à irregularidade dos ajustes, sopesou que, no caso em questão, incidem algumas peculiaridades, tais como a impossibilidade alegada na emissão das certidões; comprovação da ausência de irregularidades no período compreendido; efetivo cumprimento do objeto em comento; e ausência de elementos que comprovem a existência de prejuízo ao erário, motivo pelo qual propôs o acolhimento dos ajustes, em caráter excepcional, nos seguintes dizeres:

"O cômputo dos autos nos leva a inferir que o cerne da discussão remanescente incide no aspecto atinente à ausência de comprovação de regularidade Fiscal, por intermédio da apresentação de CND e de FGTS válidas à época do ajuste.

Estabelecem o § 3º do artigo 195 da CF/88 e art. 1º da Lei Municipal nº 11.184/92 que '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'.

Referidos dispositivos obrigam o Poder Público a exigir a regularidade previdenciária das pessoas jurídicas contratadas, pois a Administração não pode firmar acordo e nem contratar, com pessoas insolventes.

O regrado no art. 195, § 3º da CF alcança toda e qualquer contratação, razão pela qual sua ausência macula o contrato avençado em face de sua ilegalidade.

No tocante à ausência de certidão junto ao FGTS, a mesma é exigida de qualquer pessoa jurídica que contrate com o Poder Público, sendo claro o artigo 2º da Lei 9.012/95 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 concorrência pública'.

A legislação, portanto, não deixa dúvidas quanto à necessidade de regularidade junto ao FGTS das empresas que contratam com o Poder Público, aplicando-se a regra a todos os Entes Federativos.

Em que pese a violação aos regramentos sobreditos, o que, em tese, poderia conduzir à irregularidade do ajuste, entendemos importante sopesar, que o caso concreto apresenta algumas características peculiares. A saber:

(a) a impossibilidade alegada na emissão da devida certidão;

(b) a comprovação da ausência de irregularidades no período compreendido;

(c) o efetivo cumprimento do objeto em comento;

(d) a ausência de elementos que comprovem a existência de prejuízo ao erário público.

Destarte, condicionada a comprovação, ainda que a posteriori, da regularidade fiscal do ajuste, submetemos ao elevado crivo do N. Conselheiro Relator, s.m.j., a possibilidade de aprovação excepcional dos instrumentos 'sub examine', sem prejuízo das eventuais recomendações que entender pertinentes" (folhas 291/295).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, na esteira da manifestação da Assessoria Jurídica, opinou pelo acolhimento de todos os instrumentos sob análise (folhas 303/306).

A Secretaria Geral, por seu turno, endossando as manifestações dos Preopinantes, propôs o acolhimento dos instrumentos examinados, nos seguintes termos:

"A respeito do assunto, esta Secretaria Geral manifestou-se em outros processos que trataram de matéria semelhante a aqui analisada, onde expressei meu entendimento no sentido de 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, sobre 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'.

No ajuste ora examinado, a PMSP, (através da Secretaria Municipal da Saúde) e a Associação Paulista de Auxílio aos Animais, figuram como partícipes, com as mesmas pretensões, e não como partes, com interesses opostos, estando os objetivos comuns, — a conscientização da posse responsável, o controle da reprodução de cães e gatos e a melhoria da saúde animal — definidos na cláusula segunda e as responsabilidades mútuas, descritas na cláusula nona.

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.

Ainda que não elididas as impropriedades apuradas, contudo, dado o tempo decorrido, considerando que as obrigações contratuais consubstanciadas nos ajustes já se esgotaram, não se vislumbrando dolo ou má-fé no procedimento, a par da ausência de dano ao erário, parece-me que os instrumentos em análise possam ser acolhidos, se assim não for que sejam aceitos os seus efeitos financeiros para que se dê cumprimento ao princípio da estabilidade das relações jurídicas" (folhas 323/326).

É o relatório.

VOTO

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade do convênio, devido à ausência de certidão de regularidade fiscal junto ao FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), válido à época da lavratura do ajuste, infringindo o artigo 2º da Lei Federal 9.012/95 e o inciso IV do artigo 29 da Lei Federal 8.666/93.

Quanto aos Termos Aditivos nº 90/2002 e nº 04/2003, entendeu irregulares ante a inexistência de certidão negativa de débito junto ao INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social), válidos à época da assinatura dos ajustes, violando o disposto no artigo 195, § 3º, da Constituição Federal.

Sobre o 1º Termo Aditivo e o Termo de Aditamento 5/2004, recai sobre eles a irregularidade por acessoriedade.

A Assessoria Jurídica e a Secretaria Geral consignaram que as impropriedades não foram elididas.

Assim, com resguardo nos pronunciamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, passando a integrar o presente, bem como em coerência com o posicionamento por mim adotado em outros processos, a exemplo

dos TCs 4.237/05-28, 585/08-06, 3.933/03-84 e 4.287/03-87, julgo irregulares o Convênio, o 1º Termo Aditivo (s/n) e os Termos Aditivos nºs 48 e 90 de 2002, 4/2003 e 5/2004.

Contudo, aceito os efeitos financeiros deles decorrentes**,** em atenção à manifestação da Auditoria que ponderou: *"Considerando que o período conveniado se expirou, entendemos que possam ser aceitas as ponderações apresentadas pela conveniada, uma vez que o objeto foi cumprido e não houve prejuízo ao Erário municipal. Portanto concluímos que, neste caso, possa ser relevado o descumprimento dos dispositivos supracitados".*

No mesmo sentido, a Secretaria Geral acrescentou: *"Dado o tempo decorrido, considerando que as obrigações contratuais consubstanciadas nos ajustes já se esgotaram, não se vislumbrando dolo ou má-fé no procedimento, a par da ausência de dano ao erário, parece-me que os instrumentos em análise possam ser acolhidos e, se assim não for, que sejam aceitos os seus efeitos financeiros".*

Determino o envio de cópia da decisão a ser alcançada pelo Plenário à Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital do Ministério Público do Estado de São Paulo, em resposta às solicitações feitas nos autos, a fim de instruir o Inquérito Civil nº 110/2008.

Após o cumprimento das formalidades legais, arquivem-se os autos.