EM TRAMITAÇÃO

TC 72-003.441.07-03

ANÁLISE. CONVÊNIO. SMS. Controle das populações animais. Preliminar de legitimidade passiva não acolhida. Ausência de regularidade fiscal. INSS. FGTS. REGULAR excepcionalmente. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Legislação citada: Arts. 9º, III, 116, § 1°, Lei 8.666/93, Art. 195, § 3º, CF. Arts. 1°, § 1°, 2º, Lei 9.012/95, Dec. 51.194/10 , Art. 1º, Lei Mun. 11.184/92. Port. 43/05, SMSP.

TC citado: 72-003.504/07-21

294ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

D E C I S Ã O

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

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em preliminar, não acolher o pedido de legitimidade passiva suscitada pelo Secretário Municipal da Saúde, à época, Senhor Gonçalo Vecina Neto.

DECIDEM, ademais, à unanimidade, julgar regular o Convênio 005/2005, em caráter excepcional.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, recomendar à Secretaria Municipal da Saúde que, em casos futuros, atente com rigor para as exigências, formas e prazos legais.

DECIDEM, afinal, à unanimidade, determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e desta Decisão ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Patrimônio Público e Social da Capital, em resposta aos pedidos de folhas 211, 224 e 235 dos autos, arquivando-se, após, estes autos.

Participou do julgamento o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

Presentes o Procurador Chefe da Fazenda “ad hoc” JOEL TESSITORE e o Procurador FERNANDO HENRIQUE MINCHILLO CONDE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de julho de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Registre-se, de início, que há solicitações do Ministério Público do Estado de São Paulo de envio de cópia de pareceres e da decisão a ser alcançada neste TC. Cuidam os autos da análise do Convênio 5/2005, celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde/Centro de Controle de Zoonoses e a Associação Protetora dos Animais da Zona Leste – APAZ LESTE, tendo por objetivo o controle das populações de animais no Município de São Paulo, por meio do desenvolvimento de diversas ações efetivas, no período de 36 (trinta e seis) meses, no valor total de R$ 545.112,00 (quinhentos e quarenta e cinco mil cento e doze reais), sendo estipulado o limite máximo de repasse no valor de R$ 15.142,00 (quinze mil cento e quarenta e dois reais).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade do Convênio, tendo em vista que não foram apresentadas as certidões de regularidade fiscal (CND e FGTS) à época da contratação, contrariando os artigos 195, § 3º, da Constituição Federal de 1988, o artigo 1º da Lei Municipal 11.184/92 e o artigo 2º da Lei Federal 9.012/95 e, também, porque não foi apresentado o Plano de Trabalho nos termos do disposto no parágrafo 1º do artigo 116 da Lei Federal 8.666/93.

Ponderou, também, que foi anexado aos autos cópia do Relatório de análise dos documentos referente ao Edital de Credenciamento 101/2006/SMS/COVISA, elaborado pela Comissão Especial de Credenciamento das entidades interessadas em participar do Programa de Controle da População Animal.

Informou que tal credenciamento substituiria os antigos convênios firmados com diversas entidades, dentre eles o Convênio sob análise.

Destacou que às folhas 134 e 135 consta manifestação da Procuradora do Município – COVISA.G, que avocou o presente processo para apontar que a partir do relatório que indeferiu o pedido de credenciamento da entidade APAZ LESTE, pelo impedimento previsto no art. 9º, inciso III, da Lei Federal 8.666/03 (a Conveniada possuía, como sócio, um funcionário público municipal) e, considerando que se aplicam aos convênios as disposições contidas na citada Lei Federal de Licitações e Contratos, por força do artigo 116, emitiu parecer pela

imediata denúncia do Convênio 005/2005. Consignou que o referido parecer foi acolhido pela Coordenadoria da Vigilância em Saúde – COVISA, e encaminhado à Secretária da Saúde para as providências cabíveis, visando a denúncia do Convênio 005/2005, celebrado com a Associação Protetora dos Animais da Zona Leste – APAZ LESTE.

Por fim, anotou que o Convênio 005/2005 vigorou de 22 de fevereiro de 2005 a 21 de agosto de 2008, porém até hoje não foi lavrado termo de encerramento. (folhas 140/144)

Oficiado, o Signatário do Convênio apresentou defesa alegando que a *"Origem manteve o indeferimento do credenciamento da entidade Apaz Leste Associação Protetora dos Animais da Zona Leste, quando constatou as irregularidades apontadas no Convênio 005/2005".*

Destacou, também, que o programa de controle reprodutivo de cães e gatos visa eliminar os casos de abandono, contribuindo com o aprimoramento dos programas de saúde pública e visando, sem dúvida, o bem-estar da comunidade. (folhas 159/160)

Em nova manifestação, a Coordenadoria IV entendeu que a Origem, ao tomar conhecimento dos problemas apontados pela comissão que analisou os documentos apresentados pelas entidades participantes do Edital de Credenciamento 101/2006/SMS/COVISA, tomou providências no sentido de denunciar o Convênio 005/2005, embora tais ações não pudessem corrigir o fato registrado, ficando, assim, caracterizada a falha no ato administrativo referente à lavratura desse convênio que, formalmente irregular, vigeu de 22 de fevereiro de 2005 a 21 de agosto de 2008. (folhas 163/163 v em 16/12/2008)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo apoiou a manifestação da Auditoria pela irregularidade do Convênio, dentre outros aspectos, em razão da não comprovação da regularidade fiscal da Conveniada.

Ressalvou a infringência ao artigo 9º, inciso III, da Lei Federal 8.666/93, em razão de a Conveniada ter apresentado um funcionário público municipal entre seus sócios (folhas 134/135).

Destacou, nos moldes da Coordenadoria IV, que a denúncia do Convênio pela Origem não elide as irregularidades verificadas, visto que o ajuste esteve em vigência entre 22 de fevereiro de 2005 e 21 de agosto de 2008, gerando efeitos financeiros.

Assim, opinou pela irregularidade do Convênio, ante a não apresentação de certidão de regularidade junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, bem como pela ausência de Plano de Trabalho e, ainda, devido à Conveniada possuir um funcionário público municipal como sócio. (folhas 166/169)

Oficiada, a Secretaria Municipal da Saúde (na pessoa do Secretário Municipal da Saúde em junho de 2010) ofereceu seus esclarecimentos, e, intimado, o Ordenador da Despesa apresentou defesa.

Em sua manifestação, o Ordenador da Despesa alegou, preliminarmente, que não é parte legítima para figurar no polo passivo do feito, uma vez que trabalhou na Secretaria Municipal da Saúde até dezembro/2004, não sendo mais o Secretário da Pasta na época da assinatura do convênio, em 22 de fevereiro de 2005.

No mérito, alegou, resumidamente, que *"a simples alegação de que os documentos comprobatórios de regularidade fiscal da contratada não foram apresentados não é suficiente para se por em dúvida a contratação realizada",* tais documentos seriam somente para consulta e que a ausência de Plano de Trabalho "*deve ser encarada como um vício meramente formal diante da inexistência de prejuízo ao erário e a inexistência de dolo por parte do Requerido".*

A Secretaria Municipal da Saúde arguiu que, embora não juntadas aos autos as certidões relativas ao INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) e FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), os documentos juntados às fls.197/208 demonstram que durante toda a vigência do ajuste a situação fiscal da conveniada encontrava-se regular e, quanto ao plano de trabalho, destaca que apesar de sua ausência, o instrumento do convênio trouxe em seu bojo as informações constantes do artigo 116 da Lei 8.666/93.

Por fim, asseverou que o funcionário público no quadro social da conveniada era associado e conselheiro fiscal da APAZ LESTE, sendo lotado na Subprefeitura de Ermelino Matarazzo, onde exercia o cargo de Agente de Apoio, não pertencendo à Secretaria Municipal da Saúde, não se configurando, portanto, vedação do artigo 9º, inciso III, da Lei Federal 8.666/93.

Concluiu, por todo o exposto, que as impropriedades apontadas não tiveram o condão de macular o Convênio. (folhas 176/309)

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle entendeu que assiste razão ao Ordenador quanto à alegação de ilegitimidade, uma vez que ele não era mais o Secretário na época da assinatura do convênio, mas sim o servidor que se manifestou às folhas 159/160.

Quanto ao mérito, ponderou que "*as alegações são completamente incabíveis, uma vez que a comprovação da regularidade fiscal se dá justamente com a apresentação das certidões de regularidade fiscal para com o INSS e do FGTS, como determina, por exemplo, o artigo 1º da Lei Federal 9.012/95, que assim estabelece:* ***"§ 1º A comprovação da quitação com o FGTS dar-se-á mediante apresentação de certidão negativa de débito expedida pela Caixa Econômica Federal"*****.**

Salientou que *"não houve apresentação dessa documentação à época, tampouco agora, uma vez que nenhum dos documentos apresentados pela Secretaria Municipal da Saúde às folhas 197/208 se reportam ao período da assinatura do convênio. No que se refere ao plano de trabalho, esse decorre de exigência legal, § 1º do artigo 116 da Lei Federal 8666/93, uma vez que os requisitos lá elencados, de fato, podem ser identificados no Convênio. Todavia, trata-se de exigência legal, sendo, inclusive, condição de celebração de convênio a prévia aprovação de plano de trabalho proposto pela organização interessada, razão pela qual ratificamos o nosso entendimento inicial."*

Diante disso, manteve suas conclusões precedentes pela irregularidade do Convênio. (folhas 217/218)

A Assessoria Jurídica entendeu que as manifestações acrescidas não possuem o condão de modificar as suas conclusões anteriores. Ressaltou que nenhuma das certidões juntadas aos autos pela Origem se refere ao período de vigência do Convênio, de modo que tal documentação não apresenta qualquer utilidade para a análise procedida.

De outro lado, observou que as previsões contidas no Termo de Convênio não são aptas a substituir o Plano de Trabalho, tendo em vista que este deve ser apresentado e aprovado previamente ao ajuste, nos termos do citado §1º do artigo 116 da Lei Federal 8.666/93.

Igualmente entendeu que o Sr. Gonçalo Vecina Neto, por não ser o Ordenador da Despesa, não possui responsabilidade pelos apontamentos existentes.

Concluiu reiterando o parecer pela irregularidade do Convênio. (folhas 221/223). A Procuradoria da Fazenda Municipal, reiterando as razões de defesa da Origem e dos Responsáveis, propugnou pelo acolhimento do Convênio, considerando que o objeto foi satisfeito e que não há notícia de prejuízo ao Erário ou má-fé por parte dos agentes. (folhas 232/233)

A Secretaria Geral, por seu turno, salientou que apesar de não ter sido apresentada certidão válida para o período de vigência do Convênio, entendeu que as certidões juntadas às folhas 197/208 comprovam a situação de regularidade da conveniada frente ao INSS e FGTS em período posterior ao da vigência do convênio.

Nessa senda, destacou que já se manifestou nos autos do TC 3.504/07-21 no sentido de que a apresentação de Certidão Negativa de Débito, ainda que em períodos posteriores, supre a ausência na época da formalização do ajuste.

Com relação ao Plano de Trabalho, apesar de entender ser providência indispensável, opinou por sua relevação, em caráter excepcional,

tendo vista que o objeto já foi integralmente executado, bem como em vista de o Convênio ter trazido em seu bojo as informações necessárias requeridas pela Lei.

No que concerne à existência de funcionário público municipal no quadro da conveniada, consignou que, de fato, à época do ajuste, o Sr. Jose Odilto Duarte era associado e conselheiro fiscal da APAZ Leste.

Consignou que o referido servidor se encontrava lotado na Subprefeitura de Ermelino Matarazzo, onde exercia o cargo de Agente de apoio e, por isso, de fato ocorreu a impropriedade.

No que se refere ao plano de trabalho, esse decorre de exigência legal, § 1º do artigo 116 da Lei Federal 8.666/93, uma vez que os requisitos lá elencados, de fato, podem ser identificados no Convênio.

Todavia, trata-se de exigência legal, sendo, inclusive, condição de celebração de convênio a prévia aprovação de plano de trabalho proposto pela organização interessada, razão pela qual ratificamos o nosso entendimento inicial."

Por fim, asseverou que o funcionário público no quadro social da conveniada era associado e conselheiro fiscal da APAZ LESTE, sendo lotado na Subprefeitura de Ermelino Matarazzo, onde exercia o cargo de Agente de Apoio, não pertencendo à Secretaria Municipal da Saúde, não se configurando, portanto, vedação do artigo 9º, inciso III, da Lei Federal 8.666/93.

Contudo, por não exercer função de comando, ponderou ser relevável a irregularidade, entendendo que, ainda que o funcionário não pertencesse aos quadros da conveniada, o convenio se realizaria.

Assim, em caráter excepcional opinou pela regularidade do convênio, com as determinações cabíveis. (folhas 270/275). É o relatório. De início, registro que há solicitações do Ministério Público do Estado de São Paulo de envio de cópia de pareceres e da decisão a ser alcançada.

No que concerne à preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo então Secretario Municipal da Saúde (Gonçalo Vecina Neto), acompanho o entendimento de que o pedido não merece acolhida.

O Secretário foi o signatário do despacho que autorizou a contratação conforme se constata à folha 40 dos autos, sendo, portanto, o Ordenador da Despesa do Convênio.

O fato de ter se afastado da Secretaria antes da celebração do convênio, que ocorreu dias depois de sua saída, em nada interfere.

Todavia, é importante ressaltar que, diante do fato de o então Secretário Municipal da Saúde ter se afastado da Secretaria apenas dias

depois da expedição do despacho, e até mesmo antes que se assinasse o convênio, é possível inferir que não participou dos atos que envolveram a celebração em si do ajuste, nem tão pouco do acompanhamento da execução do convênio.

Quanto ao mérito, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou as seguintes irregularidades:

Infringência ao artigo 9º da Lei Federal 8.666/93 ante o fato de a Conveniada possuir em seus quadros, na data da celebração do ajuste, funcionário público municipal;

Ausência de Plano de Trabalho; e Ausência de comprovação da situação de regularidade fiscal da Conveniada perante a Seguridade Social e perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço na data da assinatura do Convênio.

Com relação ao apontamento descrito no item 1, à época do ajuste, o Sr. Jose Odilto Duarte era associado e conselheiro fiscal da APAZ Leste.

O referido servidor encontrava-se lotado na Subprefeitura Ermelino Matarazzo, onde exercia o cargo de Agente de apoio, não pertencendo aos quadros da Secretaria Municipal da Saúde, não se configurando, portanto a irregularidade do artigo 9º da Lei 8.666/93.

Em verdade, conforme asseverou a Assessoria Jurídica, a irregularidade não ocorreu. Isso porque, dispõe o inciso III do referido artigo 9º da Lei de Licitações e Contratos que:

> ***Art. 9o - Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:***
>
> ***(...) III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação."***

Ademais, consoante ponderou a Secretaria Geral, "por não exercer função de comando pode ser relevável a irregularidade, pois, ainda que o funcionário não pertencesse aos quadros da conveniada, o convênio se realizaria."

Acrescente-se, também, que, em nenhum momento houve notícia, suspeita ou comprovação de que tal situação era de conhecimento dos Responsáveis não existindo, dessa forma, indícios de má-fé.

No que diz respeito à ausência de Plano de Trabalho, conforme ressaltaram a Auditoria, a Assessoria Jurídica e a Secretaria Geral, configura irregularidade.

Contudo, ainda que as previsões contidas no Termo de Convênio não lhe possam fazer às vezes, não há notícia de que tenha prejudicado o bom e adequado desempenho do objeto, sendo possível relevar, excepcionalmente, notadamente por tratar-se de convênio, instrumento em que os partícipes possuem objetivo comum, diferente do que ocorre nos contratos.

Já no que tange a não comprovação de regularidade fiscal na data da celebração do ajuste, foi possível verificar (como atentou a Assessoria Jurídica de Controle Externo em seu parecer), que as certidões apresentadas pelos Responsáveis não abrangiam o período total da execução do convênio (fevereiro de 2005 a agosto de 2008).

Entretanto, foi possível atestar que, ainda que extemporaneamente, a Contratada regularizou a sua situação fiscal e tal impropriedades não impediu que o escopo do convênio fosse adequadamente atingido.

Diante disso e considerando o tempo decorrido do encerramento do convênio (em 2008) sem que haja notícia ou comprovação de prejuízo ao erário, bem como em razão da natureza das irregularidades, que adquirem caráter formal quando já encerrado e executado o objeto do convênio, acompanho os pronunciamentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos compatíveis adoto como razões de decidir, passando a integrar o presente e JULGO REGULAR o CONVÊNIO 5/2005, em caráter excepcional.

Expeça-se recomendação à Secretaria Municipal da Saúde a fim de que, nos casos futuros, atente com rigor para as exigências, formas e prazos legais.

Determino o envio de cópia do Relatório e Voto ao Ministério Público do Patrimônio Público e Social da Capital em resposta aos pedidos de folhas 211, 224 e 235.

Após, autorizo o oportuno ARQUIVAMENTO dos autos.