JURISPRUDÊNCIA

TC nº72-004.073.04-04

ANÁLISE. CONTRATO. DISPENSA. TERMO ADITIVO. SME. Gerenciamento da implantação. Programa Especial de Formação Pedagógica. Sistema de Gestão do PEC – ADI. REGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TC: 72.004.071.04-89.

2.539ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 11.03.2011.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com o TC 72.004.071.04-89, e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.522ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EURÍPEDES SALES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, bem como pelo voto do Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor, votando, em caráter excepcional, o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES 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, com lastro nos fundamentos alvitrados no voto do Relator, em julgar regulares o Contrato 13/SME-G/2002 e o Termo Aditivo 01/2003, ressalvando a impropriedade quanto ao não atendimento dos prazos estabelecidos pelas Instruções 01/92 e Resolução 04/96 desta Corte para a remessa de documentação afeta à contratação a este Tribunal.

Vencidos os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM, nos termos da declaração de voto apresentada, e EURÍPEDES SALES que julgaram irregulares os ajustes, fundamentando o voto nas manifestações dos Órgãos Técnicos desta Corte, da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, e, ainda, não aceitaram seus efeitos financeiros.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o envio de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, acompanhado de cópia

do relatório e voto do Relator e do V. Acórdão, em resposta aos ofícios encartados nos presentes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 09 de fevereiro de 2011.

EDSON SIMÕES - Presidente, com voto.

MAURÍCIO FARIA – Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

O TC nº 72.004.073.04-04 tem por objeto a análise do Contrato nº 013/SME-G/2002, celebrado entre a Secretaria Municipal de Educação e a Fundação Carlos Alberto Vanzolini, para o gerenciamento da implantação do Programa Especial de Formação Pedagógica de Auxiliares de Desenvolvimento Infantil, em nível médio, e do Termo de Aditamento nº 01/2003, que instrumentalizou a alteração quantitativa do contrato, na ordem de 9,48% do seu valor inicial.

Já o TC nº 72.004.071.04-89 cuida da análise do Contrato nº 62/SME-G/2003, que também tem como partes contratantes a Secretaria Municipal de Educação e a Fundação Vanzolini e por objeto a segunda fase do Programa de Formação Pedagógica de Auxiliares de Desenvolvimento Infantil, em nível médio, e do Termo de Aditamento nº 047/2004 que instrumentalizou a alteração quantitativa do contrato, na ordem de 22,50% do seu valor inicial, e corrigiu o prazo de execução dos serviços para torná-lo compatível com a proposta da Contratada.

Por meio do Parecer nº 4/2000, a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação[1] estabeleceu que *"todas as instituições de educação infantil, qualquer que seja sua caracterização, teriam o prazo até 2007 para ter todos os seus professores com, pelo menos, o curso normal de nível médio".* Dentro do mesmo prazo, seria também exigida a escolaridade de ensino médio, admitindo-se como mínimo o ensino fundamental, para outros profissionais[2].

[1] As atribuições do Conselho Nacional de Educação são normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro da Educação, cabendo-lhe formular e avaliar a política nacional de educação, zelar pela qualidade do ensino, velar pelo cumprimento da legislação educacional e assegurar a participação da sociedade no aprimoramento da educação brasileira. Compete ao Conselho e às Câmaras exercerem as atribuições conferidas pela Lei 9.131/95, por meio da expedição de pareceres e deliberações privativas e autônomas sobre os assuntos que lhe são pertinentes.

[2] Parecer nº 04/2000, Processo n.º 23001.000061/2000-71, Relator Antenor Manoel Naspolini, aprovado em 16/02/200.

Para fazer cumprir a determinação exarada pelo Ministério da Educação, a Secretaria Municipal de Educação criou um programa que englobava duas fases de formação pedagógica e elaborou uma grade curricular com carga horária total de 2.800 horas, compreendendo 1.200 horas relativas ao ensino médio, na modalidade educação de jovens e adultos, e 1.600 horas referentes à formação pedagógica específica.

Na contratação realizada para atender a esta primeira fase do Programa de Formação dos 1.038 Auxiliares de Desenvolvimento Infantil, tratada no TC nº 72.004.073.04-04, verifica-se a capacitação dos profissionais que atuam perante as creches ou instituições equivalentes, demanda gerada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que definiu a integração das creches ao sistema de ensino e as colocou, ao lado da pré-escola, como parte da Educação Infantil, primeiro nível da Educação Básica.

A segunda fase do Programa de Formação Pedagógica, objeto de análise do TC nº 72.004.071.04-89, foi concebida pela Secretaria Municipal de Educação para atender à demanda dos Auxiliares de Desenvolvimento de Ensino Infantil que, embora já tivessem concluído o nível médio, não possuíam formação específica para o Magistério. Para essa finalidade, a Origem organizou o conteúdo programático em 1.600 horas distribuídas em doze meses de curso.

Para gerir as duas fases deste Programa de Formação Pedagógica, com as dimensões que lhe são próprias, a Secretaria Municipal de Educação contratou a Fundação Carlos Alberto Vanzolini por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/93.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, encaminhou a este Tribunal cópia de Representação elaborada pelo Vereador José Police Neto, noticiando possíveis irregularidades na contratação da Fundação Carlos Alberto Vanzolini, e requereu informações quanto à existência de procedimento destinado à fiscalização do referido ajuste. Em resposta ao Ofício nº 4554/2006, que foi seguido de outras sucessivas missivas, foram informados a existência e o número do presente processo.

Houve apontamentos de irregularidades por parte das manifestações exaradas pelas áreas técnicas deste Tribunal, as quais foram rebatidas pela Origem, Contratada e ordenadora da despesa, após regular intimação. Como desdobramento dessa fase instrutória, marcada inclusive pela mudança de posições inicialmente adotadas, remanesceram as seguintes conclusões da Auditoria:

Em relação ao TC nº 72.004.073.04-04, concluiu-se pela irregularidade do Contrato, por entender que a contratação de professores e consultores, equivalente a 39% dos custos do contrato, caracteriza subcontratação, uma vez que permite que a execução dos serviços seja feita por profissionais alheios ao corpo técnico da Fundação, bem como, ainda, em relação à justificativa do preço; concluiu-se, também, pela irregularidade do Termo de Aditamento nº 01/2003, por

considerar que este caracterizou reajuste de preço, vedado pela cláusula quinta do Contrato. Apontou a Auditoria que a Contratada não quantifica o aumento de serviços gerado por novas demandas, tampouco comprova que tais demandas surgiram, de fato, posteriormente, afastando a hipótese de que serviram apenas como instrumento para adequar os preços da proposta inicial.

Já no caso do TC nº 72.004.071.04-89, que cuida da contratação e do termo de aditamento referentes à segunda fase do Programa de Formação Pedagógica, a Coordenadoria II constatou divergência entre o prazo fixado no Contrato (12 meses) e aquele constante em alguns itens da proposta apresentada pela Contratada. No entanto, concluiu pela regularidade do Contrato e do respectivo Termo de Aditamento, a partir do esclarecimento de que o prazo de execução dos serviços é de 14 meses, já que, depois do término do curso, a Contratada terá que elaborar relatórios finais sobre o aproveitamento dos alunos. Nessa oportunidade, apresentou cópia do Termo de Aditamento nº 047/2004, que corrigiu o prazo de execução dos serviços e, ainda, instrumentalizou a alteração quantitativa do contrato.

Em nova manifestação, a Auditoria concluiu, neste caso, pela regularidade do Contrato e do respectivo Termo de Aditamento.

Encaminhados os autos do TC nº 72.004.073.04-04 à Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta se posicionou pela irregularidade dos instrumentos, valendo-se dos argumentos apresentados pela Auditoria.

Nesta fase processual, houve determinação para que o TC nº 72.004.071.04-89 alcançasse o processo autuado sob o número 72.004.073.04-04, para tramitarem em conjunto, diante da similaridade das questões aventadas em ambos. A partir de então, os órgãos técnicos desta Casa passaram a opinar pela irregularidade também do Contrato nº 62/SME-G/2003 e do respectivo Termo de Aditamento, em face das falhas já detectadas quando do exame do Contrato nº 013/SME-G/2002.

O Órgão Fazendário requereu o acolhimento dos Contratos nºs 013/SME-G/2002 e 062/SME-G/2003 e dos Termos de Aditamento nºs 01/SME/2003 e 047/SME/2004, posto que formalmente regulares.

A Secretaria Geral reconheceu a pertinência do objeto contratado com os fins institucionais da Fundação Vanzolini, mas destacou as impropriedades atinentes à subcontratação de palestrantes e consultores e a insuficiência da pesquisa de preços realizada, para fundamentar sua conclusão pela irregularidade dos Contratos e dos respectivos aditamentos.

Importante registrar que, também nos autos do TC nº 72.004.071.04-89, houve o encaminhamento de ofícios por parte da Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, requerendo informações sobre a contratação, para servir de subsídio à instrução do Inquérito Civil nº 104/06.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

O julgamento das contratações em exame demanda análise dos requisitos estabelecidos pelo art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, uma vez que foi esse dispositivo que serviu de fundamento para a contratação da Fundação Carlos Alberto Vanzolini para o gerenciamento da implantação do Programa Especial de Formação Pedagógica aos profissionais Auxiliares de Desenvolvimento Infantil.

A primeira questão levantada nos autos, acerca da ausência da finalidade lucrativa da Contratada, acabou superada pela instrução processual, conforme reconhecido pelos órgãos técnicos desta Casa.

Da mesma forma, afirmou-se a dedicação da Fundação Vanzolini como instituição brasileira voltada à implementação de processos de gestão aplicados à educação, tanto em atividades à distância como em atividades presenciais, conforme comprovam a alteração do seu estatuto social, ocorrida em 1995, bem como os documentos que demonstram sua participação na gestão de mais de onze projetos com objetos similares, todos de natureza educacional.

Esses documentos, por sua vez, também fizeram prova da reputação ético-profissional da Contratada, que, em nenhum momento, foi questionada nos autos. Aliás, apenas a título de ilustração, registro que a Fundação Carlos Alberto Vanzolini foi contratada pelo Governo do Estado de São Paulo, por meio da Fundação para o Desenvolvimento da Educação, para prestar serviços de criação e implementação de sistema de gestão do Programa de Educação Continuada de Formação Universitária para Municípios, conforme informações contidas no Processo nº 12.850/026/03 do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Assim, é de se reconhecer a satisfação dos requisitos impostos pelo dispositivo que autoriza a dispensa de licitação nessa hipótese, impondo-se o exame dos demais apontamentos feitos pela Auditoria e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Aspecto de fundamental importância, que condiciona a validade das dispensas de licitação feitas com base no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, é o vínculo de pertinência entre a finalidade da instituição e o objeto do contrato. O enfrentamento dessa questão, por sua vez, está a exigir, a priori, a compreensão do objeto do ajuste.

De acordo com o estabelecido nos Contratos nºs 13/SME-G/2002 e 62/SME-G/2003 e nos respectivos Planos de Trabalho que os antecederam, constitui objeto das avenças *"o gerenciamento da implantação do*

Programa Especial de Formação Pedagógica de Auxiliares de Desenvolvimento Infantil".

Gerenciamento é um termo polissêmico que pode ser utilizado em diferentes acepções, mas designativo, de modo geral, do conjunto de serviços que compreendem a definição de objetivos e dos meios adequados para atingi-los, permitindo a otimização de recursos envolvidos, como tempo, dinheiro, pessoas, materiais, espaço e outros, durante o curso de um projeto.

Não cabe ao gerenciador do projeto a execução de todas as atividades que produzem o resultado final, mas a realização de tarefas que garantam a coordenação e a continuidade do projeto, bem como a interação produtiva das várias partes, reduzindo o risco de insucessos.

Nos termos do Plano de Trabalho, encartado às fls. 08/17 do TC nº 72.004.073.04-04, o gerenciamento do Programa de Formação compreendia:

1. Garantia da articulação e coerência necessárias ao projeto.

2. Ratificação do detalhamento programático das unidades constituintes da proposta básica do Programa.

3. Aprovação, em primeira instância, do material didático elaborado e/ou selecionado pelas entidades e profissionais contratados para essa finalidade.

4. Discussão dos dados provenientes das avaliações processuais.

5. Aprovação do formato e dos conteúdos mais gerais a serem abordados nas atividades de formação dos docentes.

6. Identificação precoce dos desvios entre os resultados previstos e os realizados, a fim de minimizar o desperdício de recursos.

7. Elaboração de relatórios de acompanhamento periódicos.

Para executar esse conjunto de serviços, a Fundação Carlos Alberto Vanzolini estruturou, sob a coordenação do Comitê Gestor do Projeto, uma Equipe de Gestão, uma Equipe de Alinhamento e Orientação Pedagógica e uma Equipe Logística, cada uma delas composta por profissionais de diferentes áreas do conhecimento.

A descrição mais detalhada do objeto é suficiente para demonstrar, como bem reconheceu a Auditoria, que não há distanciamento entre o

objeto contratado e as atividades estatutárias da Fundação, restando superado o apontamento inicial da Assessoria Jurídica de Controle Externo quanto à suposta inexistência de nexo de pertinência entre ambos.

Ainda em relação à perfeita compreensão do objeto dos contratos, impende salientar que a Fundação Carlos Alberto Vanzolini não foi a responsável pela execução do Projeto, mas sim pelo seu gerenciamento que, como dito anteriormente, pressupõe a reunião, a coordenação e a logística de múltiplos recursos humanos, materiais e tecnológicos, razão pela qual não há que se falar em subcontratação.

Nos termos do Plano de Trabalho aprovado pela Contratante, competia à Contratada disponibilizar uma Equipe de Alinhamento e Orientação Pedagógica, composta por docentes, supervisores, assistentes de polos, palestrantes, oficineiros e consultores capazes de atender ao projeto básico estabelecido pela Secretaria Municipal de Educação. Esses profissionais realizaram atividades de gerenciamento do projeto, já que toda a execução ficou a cargo da Secretaria de Educação, que também se responsabilizou pela orientação pedagógica do programa.

Não é possível identificar a ocorrência de subcontratação, quando a Contratada vale-se de profissionais alheios à sua estrutura, de forma a adequá-la para executar determinado projeto. A Lei de Licitações não veda a conjugação de esforços quando há uma única pessoa responsável pela contratação, que assume todos os ônus de eventual inexecução contratual. Nas palavras de Marçal Justen Filho: *"Não se caracterizará subcontratação quando a prestação for executada diretamente pelo contratado, ainda que necessite recorrer a terceiros para obter os elementos necessários."* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª Ed., 2009, p. 792).

É imperioso o reconhecimento de que o sentido finalístico das duas contratações restou preservado, cabendo reconhecer que o papel desempenhado pela Fundação Vanzolini nessas contratações não foi de mera intermediadora de mão de obra, mas, como amplamente demonstrado pelos documentos acostados aos autos e, especialmente, pelas defesas apresentadas, de gerenciadora dos Programas de Formação, responsável pelo resultado final dos projetos.

Os elementos carreados aos autos durante a instrução processual demonstram a inocorrência de subcontratação, uma vez que a Fundação Carlos Alberto Vanzolini valeu-se de profissionais por ela selecionados, treinados, coordenados e supervisionados para executar todas as atividades inerentes ao gerenciamento do projeto.

Outro ponto crucial a ser enfrentado nesse julgamento diz respeito à aceitação ou não das justificativas de preços apresentada pela Secretaria Municipal de Educação, quando das contratações formalizadas em 2002 e 2003, que se basearam na comparação entre os valores ofertados pela Fundação Vanzolini e

aqueles praticados pelo SENAC-SP e pela FECAP, em cursos de treinamento de ensino médio e técnico.

Consoante dispõe o artigo 26, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, o processo de dispensa de licitação deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor (inciso II) – que consta dos autos – e com a justificativa do preço (inciso III), que a Coordenadoria II e a Assessoria Jurídica de Controle Externo consideraram não estar suficientemente demonstrada.

Importante salientar, nesse passo, que a justificativa do preço não se confunde com a pesquisa de preços, uma vez que, embora esta possa ser utilizada para justificar os valores praticados, não constitui a única forma para atender às exigências do preceito legal invocado, cujo desiderato pode ser obtido por outros mecanismos.

Aliás, sobre o tema, confira-se a lição de Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, nos seguintes termos:

> ***"(...) o inciso não exige que o preço seja compatível com o de mercado, aceitando-se justificativa para o descompasso entre o preço contratado e o praticado no comércio. Às vezes, a vantagem auferida com a contratação direta não está no preço, mas em algum outro fator."***
> (Contratação Direta sem Licitação, Editora Brasília Jurídica, 5ª Edição, 2000, páginas 431/432).
>
> E mais adiante:
>
> ***"O preço a ser pesquisado, portanto, não é propriamente o de mercado, mas o que pode ser praticado no âmbito da Administração"***
> (obra citada, p. 651).

Sob este ângulo, anoto que, consoante consta dos autos, a média do preço pago por aluno para a Fundação Vanzolini para o gerenciamento do Programa de Formação, incluindo materiais didáticos e toda a logística necessária à execução do objeto, é compatível com o valor dos cursos ofertados pelas outras duas instituições citadas.

Destarte, as justificativas apresentadas pela Origem e pela Contratada, somadas aos documentos constantes dos autos, demonstram a compatibilidade dos preços com aqueles praticados no mercado.

Feitas essas considerações que demonstram a regularidade dos Contratos em julgamento, passo ao exame do Termo de Aditamento nº 01/2003 ao Contrato nº 013/SME-G/2002, que instrumentalizou a alteração quantitativa do contrato, na ordem de 9,48% do seu valor inicial.

A instrução do processo não revela que o referido termo de alteração contratual tenha por objeto o reajuste de preços disfarçado de aumento quantitativo.

Em relação a esse apontamento feito pela Auditoria, acolho as razões apresentadas pela Contratada que demonstram a necessidade de inclusão de certos serviços não previstos inicialmente, dadas a evolução do Projeto e as novas demandas apresentadas pela Secretaria Municipal de Educação.

Importante destacar que o acréscimo ficou bem abaixo do limite de alteração contratual prescrito pelo art. 65, §1º da Lei nº 8.666/93, inexistindo, a meu ver, razão para censurá-lo.

Da mesma forma, não há nada que macule o Termo de Aditamento formalizado sob o nº 047/2004, que teve por objeto a correção do prazo de execução dos serviços e, ainda, a alteração quantitativa do contrato.

Isto posto, julgo regulares os Contratos nºs 013/SME-G/2002 e 062/SME-G/2003 e os Termos de Aditamento nºs 01/2003 e 047/2004, ressalvando a impropriedade havida quanto ao não atendimento dos prazos estabelecidos pelas Instruções nºs 01/92 e 04/96 para remessa da documentação afeta à contratação a este Tribunal.

Determino o encaminhamento de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em resposta aos ofícios encartados aos autos dos processos, acompanhado de cópia do presente voto e do Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO ENGLOBADA apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim

Eu vou divergir de Suas Excelências, Senhor Presidente, fundamentando o meu voto nas manifestações dos órgãos técnicos deste Tribunal, da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Secretaria Geral, e vou julgar irregular os ajustes, não aceitando, via de consequência, os efeitos financeiros dos mesmos. **(2.522ª S.O.)**.

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões

Cuidam os autos dos TC's nº **4.071/04 e 4.073/04**, da análise do Contrato nº 62/2003 e seu Termo Aditivo nº 47/2004 e do Contrato nº 13/2002 e seu Aditivo nº 1/2003, firmados entre a Secretaria Municipal de Educação e a **Fundação Carlos Alberto Vanzolini**, objetivando o gerenciamento da implantação do Programa Especial de Formação Pedagógica de Auxiliares de Desenvolvimento, em nível médio, primeira e segunda fase, respectivamente.

O Conselheiro **Relator Maurício Faria** julgou regulares os Contratos e os Termos Aditivos, sendo acompanhado pelo Conselheiro Revisor Antonio Carlos Caruso.

Divergiu o Conselheiro Vice Presidente Roberto Braguim que julgou irregulares os Contratos e os Termos Aditivos, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Corregedor Eurípedes Sales.

Com efeito, registrou-se empate e consoante disposição legal profiro o **VOTO DE DESEMPATE**.

VOTO, em caráter excepcional, com **lastro nos fundamentos alvitrados no voto do Relator**, alinhado à corrente perfilhada pelo **Conselheiro Maurício Faria** e pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso, **restando assim**, **por maioria de votos, julgados regulares os Contratos e os Termos Aditivos.**