TC nº 72-004.373.06-00

PETIÇÃO. MPSP. Verificação de informações sobre supostas irregularidades em contrato. Serviços de assessoria técnico-pedagógica. Desenvolvimento do Plano de Metas e Ações da Secretaria, Reorientação Curricular para o Ciclo II. Implementação do Projeto CEU. SME. Precedentes. CONHECIDA. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TC 72.001.548.07-26 e 72.004.373.06-00.

2.772ª Sessão Ordinária

Transito em julgado: 31/07/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.748ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, e pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, com declaração de voto apresentada, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, em conhecer da solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, uma vez que já foi determinado o envio de cópia do Acórdão exarado no processo TC 72.001.548.07-26 ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para instruir o Inquérito Civil 61/06, em proceder ao arquivamento destes 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

O TC 4.373/06-00 trata de solicitação encaminhada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo acerca de eventual apreciação do Contrato 39/SME/2003 firmado entre a Prefeitura Municipal de São Paulo e o Instituto Paulo Freire e o Centro de Estudos e Pesquisas em Educação, Cultura, Ação Comunitária – CENPEC. Em decorrência da solicitação realizada no TC 4.373/06 foi determinada a análise do referido Contrato em autos próprios, sendo encaminhado Ofício à Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital para que esta tomasse conhecimento das providências adotadas.

Dito isso, cuida o TC 1.548/07-26 da análise do Contrato 39/SME/2003, do Termo de Reti-Ratificação sem número e do Termo de Aditamento 48/04 firmados entre a Secretaria Municipal de Educação e o Instituto Paulo Freire – IPF e o Centro de Estudos e Pesquisas em Educação, Cultura, Ação Comunitária – CENPEC, tendo por objeto a prestação de serviços de assessoria técnico-pedagógica, que visa desenvolver o Plano de Metas e Ações da Secretaria, reorientação curricular para o Ciclo II do Ensino Fundamental e Implantação do Projeto CEU: Gestão e Projeto Político-pedagógico.

O Contrato teve prazo de vigência no período de 31/07/2003 a dezembro/2004, no valor de R$ 4.825.013,00 (quatro milhões, oitocentos e vinte e cinco mil e treze reais), dos quais R$ 2.125.893,00 (dois milhões, cento e vinte e cinco mil, oitocentos e noventa e três reais) devidos ao Instituto Paulo Freire e R$ 2.699.120,00 (dois milhões, seiscentos e noventa e nove mil e cento e vinte reais) destinados ao CENPEC. (31/07/2003 – folhas 157/162).

O contrato foi firmado com dispensa de licitação, sob a justificativa de configurar, na espécie, a hipótese de dispensa em razão de as contratadas serem instituições brasileiras, sem fins lucrativos e preverem em seus estatutos atividades relacionadas a pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, condições que atenderiam os requisitos previstos no inciso XIII do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, combinado com a Lei Municipal 13.278/2002. (30/07/2003 – folhas 05/07 e 151/152 e 154).

O Termo de Reti-Ratificação sem número, datado de 11/11/2003, teve por finalidade retificar cláusulas referentes ao cronograma de desembolso e ao prazo de pagamento. O Termo de Aditamento 048/SME/04, celebrado em 23/12/2004, entre a Origem e a CENPEC, tendo por objeto o acréscimo de valor de R$ 83.533,13 (oitenta e três mil, quinhentos e trinta e três reais e treze centavos), correspondente aos serviços de assessoria

técnico-pedagógica para desenvolvimento da proposta curricular para uso da sala de informática do CEU – Sexto Momento. (folhas 238/241 e 270/271).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade dos três ajustes, ora analisados, com base nos seguintes fundamentos:

1 – Irregularidade do Contrato 39/04 em razão de:

1.1 - terceirização de atividade-fim ligada ao ensino público, em infração ao artigo 206, inciso VI, da Constituição Federal;

1.2 - dispensa irregular de licitação, uma vez que se contrataram diretamente duas entidades similares para o mesmo objeto contratual, em afronta aos artigos 2º, "caput", 3º, "caput", e 24, XIII, da Lei Federal 8.666/93;

1.3 - ausência de requisição devidamente justificada, de iniciativa da Origem, em violação ao artigo 38 da Lei Federal 8.666/93;

1.4 - ausência de devida justificativa da razão da escolha das contratadas e do preço, em infração aos incisos II e III do parágrafo único do artigo 26 da Lei Federal 8.666/93 e ao artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03;

1.5 - falta de clareza e precisão em estabelecer as condições para a execução do contrato e a delimitação dos serviços de cada um dos Contratados, em desconformidade com o artigo 54, § 1º, e o artigo 55, II e VII, da Lei Federal 8.666/93; e

1.6 - ausência de remessa dos dados da presente despesa ao SERI, em desrespeito à Resolução TCMSP 05/02 e à Instrução 01/02.

2 – Irregularidade do Termo de Reti-Ratificação:

2.1 – Por decorrer de contrato irregular.

3 – Irregularidade do Termo de Aditamento 48/04:

3.1 – em decorrência da irregularidade do Contrato 39/03;

3.2 - ausência de justificativa do preço contratado para o aditamento no processo administrativo, em desrespeito ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei Federal 8.666/93;

3.3 - publicação extemporânea do Termo de Aditamento, em infração ao art. 26 da Lei Municipal 13.278/02; e

3.4 - falta de remessa de dados do Termo de Aditamento ao SERI, em infração à Resolução TCMSP 05/02 e à Instrução 01/02. Oficiada, a Origem apresentou justificativas, limitando-se a trazer cópia de documentos já acostados aos autos. Intimada, a Ordenadora da Despesa e Signatária do Contrato sustentou a legalidade dos ajustes, rebatendo cada infringência, sem, contudo, oferecer qualquer prova em seu auxílio. (19/12/07 – folhas 340/359 e 370/392).

Analisados os elementos carreados aos autos, sem força para alterar o rol de infringências apuradas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, essa Especializada manteve, integralmente, sua conclusão original quanto aos fundamentos que indicam o desacordo dos três instrumentos com a legislação de regência. (06/03/08 – folhas 396/401).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou, igualmente, pela irregularidade dos ajustes em questão, nos seguintes termos: "Em relação a terceirização de atividade-fim ligada ao ensino público, em infração ao artigo 206, inciso VI, da Constituição Federal, aduz Maria Silvia Zanella Di Pietro que a gestão democrática do ensino público citada na Constituição 'significa a participação do particular na gestão e não a transferência da gestão ao particular' (Parcerias na Administração Pública, 2005, p. 245).

Quando a Administração Pública firma um acordo de vontade com particulares para que estes exerçam alguma atividade para o Poder Público, seja por meio de contrato administrativo, convênios, contrato de gestão, termo de parceria ou qualquer ou denominação, isso será denominado terceirização. Assim, entendemos que qualquer terceirização a ser realizada pela Administração Pública, independentemente do instrumento a ser utilizado, apenas será lícita se o objeto for a execução de alguma atividade-meio do órgão ou entidade estatal.

Quanto à irregularidade na dispensa de licitação, por contratarem diretamente duas entidades similares para o mesmo objeto contratual, a interpretação da Lei Federal 8.666/93, especialmente do artigo 33, incisos I a V e parágrafos 1º e 2º, revela a impossibilidade de participação de mais de uma empresa em licitações sem a constituição de um consórcio.

Assim, minimiza os riscos de descumprimento do objeto contratual, ao garantir a existência de responsabilidade solidária das empresas integrantes, o que não ocorre se a Administração contratar com as duas empresas separadamente.

Ressalte-se que a lei apenas cuida da possibilidade da Administração contratar com consórcios, deixando de dispor sobre a legalidade de contratos com uma pluralidade de empresas individualmente.

A necessidade de constituição de consórcios quando a Administração necessita de mais de uma empresa para alcançar o objeto contratual é entendimento já adotado pelo Tribunal de Contas da União, "in verbais": '(...) determinar à Infraero que, a fim de conferir a máxima competição às licitações, admita a participação de consórcios sempre que a amplitude do objeto ou a diversidade de elementos que compõem o objeto evidenciem a dificuldade de o objeto ser implementado por uma única empresa (...)' (Processo TC-020.391/2003-3. Acórdão 310/2004 – Plenário).

Sobre a ausência de requisição devidamente justificada, e com base no sustentado pela defesa 'as entidades contratadas são instituições de renome nacional e de inquestionável "knob show" na será da educação, conforme se apura da documentação acostada pelas mesmas no bojo do presente procedimento'.

Cumpre destacar que nas dispensas de licitação, com base no artigo 24, inciso XIII da Lei Federal 8.666/93, realmente há necessidade de ficar demonstrado nos autos que a entidade contratada, além de ser brasileira, sem fins lucrativos, detentora de inquestionável reputação ético-profissional e incumbida regimental e estatutariamente do ensino, da pesquisa ou do desenvolvimento institucional, tem capacidade de executar, com sua própria estrutura e de acordo com suas competências, o objeto do contrato.

No entanto, os referidos requisitos é uma das condições para contratação direta com base no inciso XIII do artigo 24, o que não eximi a Administração de pesquisar outras instituições que poderiam se interessar pelo objeto da contratação ou justificar a sua escolha direta.

Em relação a ausência de devida justificativa da razão da escolha das contratadas e do preço, deve-se atentar para a observância do art. 26 da Lei Federal 8.666/93 e do art. 12 do Decreto Municipal 44.279/2003, instruindo o processo com a justificativa da caracterização da hipótese legal de contratação direta, razão da escolha do contratante e a justificativa do preço. Para restar comprovado que o preço ofertado pela executante é compatível com o praticado no mercado e respeita a economicidade, reputamos a necessidade de pesquisa de preços junto a outras entidades ou, em não havendo, a justificativa deve ser realizada através de outros contratos firmados pela própria Instituição a ser contratada.

Quanto a falta de clareza e precisão em estabelecer as condições para a execução do contrato, a despeito de não precisar repetir no contrato o que é previsto no edital/proposta, em face ao artigo 54, § 1º, da Lei Federal 8.666/93, acompanhamos a Especializada desta Casa, no sentido que as propostas das Contratadas, não delimitam exatamente os serviços de cada uma. Sobre a publicação extemporânea do Termo de Aditamento no DOC, a despeito do disposto no artigo 26 da Lei Municipal 13.278/2002, a nosso ver, mesmo fora do prazo, a finalidade da lei foi alcançada. Diante do

exposto, opinamos pelo não acolhimento do Contrato 39/SME-G/03, do Termo de Reti-Ratificação sem número e do Termo de Aditamento 048/SME/2004, sem prejuízo das determinações que o Nobre Conselheiro entender necessárias". (24/02/10 – folhas 404/411).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, considerando que a defesa teria enfrentado, a contento, as impropriedades apontadas pelos órgãos técnicos deste Tribunal de Contas e, reportando-se, ainda, à documentação apresentada pela Origem, requereu o reconhecimento da regularidade dos atos em exame, relevando-se, por conseguinte, as falhas anotadas. (08/03/10 – folhas 413/421).

A Secretaria Geral, reportando-se a pareceres de sua lavra, lançados em processos análogos, que versam sobre outros contratos firmados entre a Secretaria Municipal de Educação e o mesmo Instituto Paulo Freire, ressaltou que a contratação direta não ostenta as razões que levaram à escolha das contratadas, tampouco está justificado o preço praticado, requisitos essenciais para que, juntamente com os demais previstos em lei, conduzam à regularidade do ajuste.

Assim, concluiu que os instrumentos em exame não reúnem as condições necessárias para que sejam declarados regulares, propondo, entretanto, o reconhecimento dos efeitos financeiros por eles produzidos, sem embargo das determinações cabíveis, sugerindo, ainda, o encaminhamento de cópia deste expediente ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atendimento ao Ofício 4450/06, juntado no TC 4.373/06-00. Parecer da Secretaria Geral na íntegra: "Preliminarmente de se observar, que esta Secretaria Geral sobre a questão manifestou-se nos processos TCs 4.343/06-49 e 4.383/06-63 que tratam de matéria análoga a aqui analisada, onde expressei meu entendimento no sentido de que: 'No entanto, as razões apresentadas para a escolha do executante e a justificativa de preços oferecida não foram suficientes para demonstrar o atendimento das exigências legais, em face da ausência de pesquisa de outras instituições interessadas na contratação e da falta de seleção da melhor proposta, ainda que avaliada segundo critérios diversos do 'menor preço'. O contrato examinado fundamentou-se no inciso XIII do art. 24 da Lei Federal 8.666/93, que dispensa a licitação 'na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos".

Os elementos de instrução evidenciaram que o Instituto Paulo Freire é instituição brasileira sem fins lucrativos, dotada de inquestionável reputação ético-profissional e incumbida estatutariamente de promover pesquisas e estudos, elaborar e executar programas de capacitação, prestar serviços de consultoria, elaborar e divulgar trabalhos de pesquisa, promover seminários e eventos congêneres, editar e divulgar publicações e

estabelecer contratos, convênios e intercâmbio com entidades congêneres (cf. art. 4º, parágrafo único do Estatuto, fls. 84/94). Ademais, o objeto pretendido guarda relação com as atividades de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional precipuamente desenvolvidos pela instituição.

Contudo, para que a contratação seja considerada regular, impõe-se o exame da motivação do ato praticado, com as razões que induziram à escolha da contratada (art. 26, parágrafo único, inciso II, da Lei Federal 8.666/93, incluído pela Lei 9.648, de 27.05.98), assim como a justificativa do preço praticado (inciso III do dispositivo citado).

No ofício 35/2003, encaminhado à Secretaria da Pasta, a responsável pela Diretoria de Orientação Técnica da SME justificou a escolha do Instituto Paulo Freire 'pela referência histórica e princípios em que se fundamenta, que são compatíveis com os desta Administração, haja vista o aceite da apresentação deste Plano, que vem ao encontro de nossa proposição'. Com relação aos preços, assinalou a compatibilidade dos valores com outras contratações já realizadas pela Secretaria.

Não obstante as falhas constatadas, há que se ponderar não haver nos autos notícia de prejuízo, dolo, ou má-fé, bem assim que o motivo determinante dos contratos administrativos é satisfazer o fim do interesse público, exigindo-se, pelo dever da eficiência, resultados positivos para o atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Diante do exposto, mesmo que o Contrato 37/SME/2003 e o TA 28/04 não reúnam todas as condições necessárias para a declaração de sua regularidade, proponho o reconhecimento dos efeitos financeiros dos ajustes, sem embargo das determinações que, a critério de Vossa Excelência, forem julgadas cabíveis para a não repetição do fato'. Assim sendo trilhando a mesma linha de pensamento já adotada por esta Secretaria nos processos acima mencionados, considero que o Contrato 39/SME-G/03 e seus Termos de Reti-Ratificação s/nº e do Aditamento 048/SME/2004 não reúnem condições necessárias para a declaração de sua regularidade, entretanto proponho o reconhecimento dos efeitos financeiros dos ajustes, sem embargo das determinações que, a critério de Vossa Excelência, entender cabíveis. Por derradeiro, sugiro seja encaminhado cópia do aqui processado ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atendimento ao Ofício 4450/06, juntado no TC 4.373/06-00". (12/04/10 – folhas 423/428)

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Preliminarmente, registre-se que a análise do Contrato 39/2003 é resultado da solicitação feita pelo Ministério Público do Estado de São Paulo nos autos do TC 4.373/06-00, ora julgado em conjunto. A contratação direta sob análise não ostenta as razões que levaram à escolha

das contratadas, tampouco está justificado o preço praticado, ambos requisitos essenciais para que, juntamente com os demais previstos em lei, conduzam à regularidade do ajuste.

A violação aos incisos II (razão da escolha do fornecedor ou executante) e III (justificativa do preço) do parágrafo único do artigo 26 da Lei Federal 8.666/93 por si só seria suficiente para impedir o acolhimento do Contrato 39/2003.

Entretanto, outras irregularidades foram verificadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a saber:

1 - terceirização de atividade-fim ligada ao ensino público, em infração ao artigo 206, inciso VI, da Constituição Federal;

2 - contratação de duas entidades similares para o mesmo objeto contratual sem a realização do devido procedimento licitatório, infringindo os artigos 2º, 3º e 24, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93;

3 - ausência de requisição devidamente justificada, de iniciativa da Origem, infringindo o artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, combinado com os artigos 2º e parágrafo 2º do artigo 3º, do Decreto Municipal 41.722/2002, vigente à época; e

4 - falta de clareza e precisão em estabelecer as condições para a execução do contrato e a delimitação dos serviços de cada um dos Contratados, infringindo o artigo 54, § 1º, e o artigo 55, incisos II e VII, da Lei Federal 8.666/93.

Quanto ao Termo de Aditamento 48/04, além de decorrer de contrato eivado de irregularidades, foi apontada a ausência de justificativa do preço referente aos serviços do CENPEC (Centro de Estudos e Pesquisas em Educação, Cultura, Ação Comunitária), desatendendo o inciso III, do parágrafo único do artigo 26 da Lei Federal 8.666/93.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo igualmente opinou pela irregularidade dos instrumentos nos seguintes termos: "Diante do exposto, opinamos pelo não acolhimento do Contrato 39/SME-G/03, do Termo de Reti-Ratificação sem número e do Termo de Aditamento 048/SME/2004".

A Secretaria Geral, por seu turno, acrescentou: "Assim sendo trilhando a mesma linha de pensamento já adotada por esta Secretaria nos processos acima mencionados, considero que o Contrato 39/SME-G/03 e seus Termos de Reti-Ratificação s/nº e do Aditamento 048/SME/2004 não reúnem condições necessárias para a declaração de sua regularidade."

Ressalte-se, por fim, que as mesmas irregularidades aqui apontadas foram objeto de questionamento dos órgãos técnicos deste Tribunal nos autos dos TCs 4.343/06-49, 4.383/06-63 e 3.938/06-40, em que se analisam outros Contratos firmados entre a Secretaria Municipal de Educação e o Instituto Paulo Freire.

Diante do exposto, com amparo nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, CONHEÇO da solicitação encartada nos autos do TC 4.373/06 e JULGO IRREGULARES o Contrato 39/SME/2003, o Termo de Reti-Ratificação, datado de 11/11/2003, e o Termo de Aditamento 48/04. Contudo, aceito os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste, em razão da ausência de comprovação de prejuízo ao erário nos autos, bem como em atenção à proposta da Secretaria Geral, que ponderou: "Não obstante as falhas constatadas, há que se ponderar não haver nos autos notícia de prejuízo, dolo, ou má-fé, bem assim que o motivo determinante dos contratos administrativos é satisfazer o fim do interesse público, exigindo-se, pelo dever da eficiência, resultados positivos para o atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Diante do exposto, (...) proponho o reconhecimento dos efeitos financeiros dos ajustes". Determino o envio de cópia do inteiro teor da decisão a ser alcançada pelo Plenário deste Tribunal de Contas, ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em resposta a solicitação contida nos autos do TC 4.373/06, que visa instruir o Inquérito Civil 61/06. Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Declaração de voto englobado apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

O TC 1.548.07-26 trata do Contrato 039/SME-G/03, firmado entre a Secretaria Municipal de Educação e o Instituto Paulo Freire, no valor de R$ 4.825.013,00, tendo por objeto a contratação de prestação de serviços para desenvolver o plano de metas e ações da SME. Consta dos autos o Termo de Retirratificação sem número, celebrado para alterar o cronograma de desembolso e o prazo de pagamento.

E também se verifica o Termo de Aditamento 048/SME/2004, que elevou o valor contratado em R$ 83.533,13, em razão da inclusão do serviço de assessoria para desenvolvimento de proposta curricular. Como ressaltado pelo Relator em seu voto, 'as mesmas irregularidades aqui apontadas foram objeto de questionamento dos órgãos técnicos deste Tribunal nos autos dos TCs 4.343/06-49, 4.383/06-63 e 3.938/06-40, em que se analisam outros Contratos firmados entre a Secretaria Municipal de Educação e o Instituto Paulo Freire'. Por esse motivo, peço vênia ao Plenário para utilizar aqui os mesmos fundamentos expostos nos citados processos para JULGAR REGULARES o Contrato 039/SME-G/03, o Termo de Retirratificação sem número, de 11/11/2003 e o Termo de Aditamento 048/SME/2004, firmados

entre a Secretaria Municipal de Educação e o Instituto Paulo Freire. Dê-se ciência à 5ª Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, do Ministério Público do Estado de São Paulo, em atendimento ao pedido formulado nos autos do TC 4.373.06-00. Após as comunicações de praxe, ARQUIVEM-SE os autos. Esta é a minha Declaração de Voto, Senhor Presidente.