



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



11-03-15

SEB

=====

39 TC-014714/026/08

Recorrente: Prefeitura Municipal de Osasco.

Assunto: Convenio entre a Prefeitura Municipal de Osasco e EDMAC – Empreendedores e Defensores do Meio Ambiente e da Cidadania., objetivando a transferência de recursos financeiros do Fundo Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (FUNCAD), para o desenvolvimento de atividades esportivas para crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social (Projeto Desafio).

Responsáveis: Emídio de Souza (Prefeito), Antonio Dantas (Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente), Valmir Prascidelli (Secretário de Recreação, Esporte e Lazer), Renato Afonso Gonçalves (Secretário de Assuntos Jurídicos) e José Raimundo Santana de Matos (Presidente).

Em julgamento: Recurso Ordinário interposto contra o acórdão da E. Primeira Câmara, que julgou irregular o convênio, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93. Acórdão publicado no D.O.E. de 31-08-13.

Advogados: Eduardo Leandro de Queiroz e Souza e outros.

Procurador de Contas: João Paulo Giordano Fontes.

=====

1. RELATÓRIO

1.1 Trata-se de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE OSASCO** contra o v. acórdão da C. Primeira Câmara¹, que julgou irregular o convênio celebrado em 26-11-07 entre aquela **PREFEITURA** e **EDMAC – EMPREENDEDORES E DEFENSORES DO MEIO AMBIENTE E DA CIDADANIA**, objetivando a transferência de recursos financeiros do Fundo Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (FUNCAD), para o desenvolvimento de atividades esportivas para crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social (Projeto

¹ Prolatado em sessão de 13-08-13, pelo voto dos Conselheiros Dimas Eduardo Ramalho, Relator, Renato Martins Costa, Presidente, e da Conselheira Cristiana de Castro Moraes (fl. 293).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Desafio), pelo prazo de 12 meses, a contar da assinatura, no valor de R\$ 935.634,00.

Segundo o disposto no voto do Relator (fls. 285/291), a irregularidade do convênio foi decretada porque a Administração não apenas deixou de justificar a opção pela escolha direta da entidade em detrimento do concurso de projetos, como optou pela realização de convênio, instrumento genérico, menos rigoroso, e impróprio ao regramento das OSCIPs, consoante o disposto no artigo 9º e 10, *caput*, da Lei nº 9.790/99.

Constou também que se a Administração pretendesse se valer de OSCIP para a prestação de serviços públicos discriminados no artigo 3º da citada Lei, no qual se inclui o objeto do convênio ora analisado, a via adequada é o termo de parceria, cujo regramento determina a inclusão de cláusulas essenciais, não verificadas no caso vertente, e responsabilidades sobre o ajuste que verse sobre políticas públicas, nos termos dispostos nos artigos 10, § 2º, 11 e 12 do mesmo diploma.

A escolha da entidade sem qualquer critério resultou na total ausência da prestação de contas, conforme se constatou no TC-016470/026/10, decidido pela C. Primeira Câmara, em sessão de 04-12-12, de sua própria relatoria.

Além disso, arrolou outras falhas que corroboraram para o desfecho desfavorável da matéria, quais sejam: a ausência de comunicação da assinatura do convênio à Câmara dos Vereadores, que constitui falha grave, não sanada nem durante a instrução processual; a falta de estipulação precisa, no Plano de Trabalho, de dados quantitativos e qualitativos do estágio atual do objeto do Programa (atividades esportivas extracurriculares) e das metas correspondentes a serem atingidas pela entidade, o que limita ou mesmo impede, na prestação de contas, a análise da efetividade, eficácia e eficiência do ajuste; e por fim, a remessa extemporânea da documentação a esta Corte.

1.2 Em suas razões, a **Recorrente** (fls. 299/312) sustentou que a Lei nº 9.970/99, em momento algum, estabeleceu que o único instrumento a ser celebrado com as OSCIP's seria o termo de parceria. Portanto, não vedou a celebração de convênio, apenas criou um outro instrumento



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



visando à formação do vínculo cooperação, ou seja, a parceria é uma opção disponível e não um dever.

Anotou que a elaboração de convênio ou de termo de parceria é a mera formalidade de um objetivo de suma relevância, não podendo a forma ser utilizada para impedir a consecução de um objeto tão digno.

Consignou que o concurso de projeto, embora seja uma opção viável, também não era obrigatório, consoante o disposto artigo 23 do Decreto nº 3.100/99, que facultava a escolha da OSCIP mediante tal seleção pública, a qual, uma vez instaurada, impossibilitaria a celebração, pelo Poder Público, de termo de parceria fora do âmbito desse procedimento.

Anunciou que o ajuste em exame foi celebrado após análise do Plano de Trabalho de três entidades² aptas a executar o projeto, sendo, a final, escolhida a EDMAC, segundo critérios objetivos e concisos, em virtude de sua capacidade técnica para cumprir as metas estipuladas, comprovada por atestado emitido pela Secretaria da Educação de Osasco, além de ter sido demonstrado que a instituição preenche os requisitos previstos na Lei de Licitações, possui experiência em projetos sociais como o “Projeto Desafio” e não tem finalidade lucrativa, embora tenha independência administrativa e financeira para atuar como colaboradora do Estado nas áreas de saúde, educação, de assistência social e meio ambiente.

Ressaltou que o dispositivo que estabelece a necessidade de autorização legislativa para celebração de convênio, assim como a notificação ao Poder Legislativo, é inconstitucional fere a independência dos poderes, que pressupõe a ausência de subordinação entre eles, consoante sacramentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A remessa intempestiva da documentação é falha meramente formal e não pode constituir empecilho à aprovação do convênio.

Por fim, requereu o acolhimento e provimento do recurso para o fim de reformar a decisão combatida e, por consequência, julgar regular o convênio.

² CECILAR – Centro de Convivência Infantil “Luiz Antonio Rheda”; SOABEM – Associação Osasquense de de Assistência e Bem Estar do Menor; e EDMAC – Empreendedores Defensores do Meio Ambiente e da Cidadania.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



1.3 A **Assessoria Técnica** (fls. 320/322) observou que o recurso não tem força probante suficiente para afastar os motivos constantes da r. decisão combatida. Assim, opinou pelo **conhecimento** e **desprovemento** do apelo.

1.4 O **Ministério Público de Contas** (fls. 323/324) salientou que a Recorrente limitou-se a reproduzir, ainda que com abordagem mais profunda, os mesmos argumentos esposados na instrução do feito, não sendo caso de modificação do julgado, que deve ser mantido por seus próprios fundamentos.

Destarte, manifestou-se pelo **conhecimento** e, no mérito, pelo **desprovemento** do recurso.

É o relatório.

2. VOTO PRELIMINAR

2.1 O v. acórdão foi publicado no DOE de 31-08-13 (fl. 293) e o recurso protocolado em 10-09-13 (fl. 299). É, portanto, tempestivo.

2.2 Satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade, voto pelo **conhecimento**.

3. VOTO DE MÉRITO

3.1 A despeito de bem concatenadas, as razões recursais não são hábeis a infirmar os fundamentos da decisão combatida.

Embora não existisse obrigatoriedade de escolha do termo de parceria para celebração de avenças com o Poder Público, a orientação desta Corte, desde a edição do Aditamento nº 04/05 às Instruções nº 2/2002, já era no sentido de que a formalização de convênio exigiria que o administrador justificasse a *“excepcionalidade impeditiva de sujeição da entidade conveniada aos procedimentos de qualificação como Organização Social ou Organização da Sociedade de Interesse Público”*,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



consoante o disposto em seu artigo 4º, I, preceito que foi mantido nas Instruções nº 2/2007 e nas atualmente vigentes, as Instruções nº 2/2008.

Portanto, o propósito era que, qualificadas como OS ou OSCIP, tais entidades passassem a firmar ajustes com a Administração por meio de instrumento jurídico — contrato de gestão no caso de OS, e termo de parceria no caso de OSCIP — que possibilitasse melhor acompanhamento das ações da entidade parceira e das metas alcançadas, o controle da execução do objeto pactuado e, portanto, a plena satisfação do interesse público almejado na parceria.

Neste caso, os autos indicam a existência dos principais requisitos à formalização de termo de parceria e não de convênio, ao contrário do pretendido pela Recorrente. Isso é facilmente perceptível pela natureza do objeto, que se destinava à execução de atividade de interesse público voltado à assistência de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, que se amolda às hipóteses previstas no artigo 3º, I e XI, da Lei nº 9.790/99.

Destarte, as próprias condições constatadas nos autos indicavam que o instrumento jurídico que melhor satisfaria o interesse público seria o termo de parceria.

3.2 Além dos requisitos retro mencionados, a opção por tal instrumento jurídico possibilitaria a realização de concurso de projetos, que, se efetivado, teria garantido igual oportunidade a todas as entidades em condições de executar o programa governamental denominado de “Projeto Desafio”.

Embora à época da celebração do ajuste a deflagração de seleção pública fosse facultativa, já que a redação do artigo 23 do Decreto nº 3.100/99, tornando obrigatória a realização de concurso de projeto, somente foi alterada em 16-09-11, a jurisprudência dominante da Casa já considerava o referido procedimento como a melhor forma de garantir atendimento aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

Sobre esse assunto convém trazer à colação a decisão proferida pela C. Primeira Câmara no TC-025306/026/08³, sessão de

³ Confirmada pelo Plenário, em sessão de 28-11-12, Relator Auditor Substituto de Conselheiro Josué Romero.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



14-09-10, de cujo voto condutor, de autoria da e. Substituta de Conselheiro Maria Regina Pasquale, extrai-se o seguinte entendimento:

“No mais, a atuação da Administração não observou os parâmetros constitucionais e legais traçados pela legislação de regência.

Embora louvável o fato de o Município ter se preocupado em seguir o Manual de Entidades Sociais do Ministério da Justiça⁴, não atentou para as diretrizes do Manual Básico Repasses ao Terceiro Setor⁵ editado por esta Corte, que também orienta os órgãos fiscalizados na sua missão constitucional de prestar bons serviços públicos através de contratações com entidades privadas sem fins lucrativos, utilizando-se de instrumentos como o contrato de gestão, termo de parceria ou convênio.

Se assim tivesse procedido poderia ter evitado a contratação de entidade sem a devida realização de concurso de projetos, instituto que vem sendo recomendado por esta Corte como sendo a forma mais democrática, transparente e eficiente do Poder Público firmar parcerias com entidade do terceiro setor, qualificadas como OSCIP.

A propósito, vale mencionar trecho do referido manual, que assim dispõe:

“A falta de imposição legal, tornando facultativa a realização de procedimento licitatório aumenta a responsabilidade do Administrador Público em evidenciar a transparência do processo de escolha da entidade parceira⁶. Não obstante, é mais recomendável sua realização, mediante Concurso de Projetos⁷. Outros procedimentos podem realçar e dar nitidez a essa transparência, como por exemplo:

- divulgar publicamente sua intenção de terceirizar a execução das atividades, apresentando minuta do Termo de Parceria que pretende firmar, com todas as condições que deseja estabelecer no ajuste;*
- convocar publicamente as entidades interessadas em firmar o ajuste, solicitando que apresentem propostas para a execução do objeto da futura parceria;*
- realizar sessão pública para leitura das propostas apresentadas; e*
- divulgar publicamente o resultado da seleção, justificando os fatores que foram considerados relevantes para a escolha da entidade vencedora do processo”.*

⁴ Disponível em <http://portal.mj.gov.br/services>, acesso em 23-08-10.

⁵ Disponível em <http://www.tce.sp.gov.br/fiscalizacao/manuais>, acesso em 23-08-10.

⁶ Atendimento aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

⁷ Nos termos dos artigos 23 a 31 do Decreto Federal de n. 3.100/99.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Não realizando o concurso de projetos a exemplo do disposto no artigo 23⁸ do Decreto n. 3.100/99, ainda que este não seja de realização obrigatória, como enfatizou a defesa, o administrador suprimiu a possibilidade de participação de outras entidades qualificadas como OSCIPs, caracterizando inobservância aos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade e da isonomia, previstos no artigo 37, da Constituição Federal, além de ter privado a Administração da escolha da proposta mais vantajosa.”

Portanto, a opção pela celebração de convênio com entidade qualificada como OSCIP, sem que igual oportunidade fosse concedida a outras instituições com a mesma qualificação e capacidade para satisfazer o interesse público almejado na parceria, violou os princípios constitucionais que orientam a atuação administrativa, especialmente os previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

3.3 A jurisprudência do STF colacionada pela Recorrente, que considerou inconstitucional a exigência de autorização legislativa para celebração de convênios, é irrelevante para o caso em apreço, cujo objeto não se refere à cooperação mútua entre entes federativos com objetivos comuns, mas, sim, repasse de recursos à entidade privada para execução de atividade de interesse público, que deveria ser precedida de seleção pública.

Ademais, como bem lembrou o e. Relator de primeiro grau, a realidade constatada nos autos do TC-016470/026/10⁹, que deveria abrigar a prestação de contas dos valores repassados por meio deste ajuste, comprova, sem sombra de dúvida, a falta de transparência na destinação dos recursos públicos que ora se examina.

⁸ Art. 23 - A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria.

Parágrafo único. Instaurado o processo de seleção por concurso, é vedado ao Poder Público celebrar Termo de Parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado.

⁹ A matéria foi julgada irregular por falta de prestação de contas, com a condenação da entidade à devolução de R\$ 945.634,00, com os devidos acréscimos legais, e suspensão de novos repasses até a efetiva quitação, bem assim com aplicação da multa de 1.000 UFESP's a cada um dos responsáveis legais das partes envolvidas no ajuste.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



3.4 As questões relativas à falta de estipulação de dados no Plano de Trabalho e das metas a serem atingidas pela entidade também não foram afastadas e, por conseguinte, corroboram o acerto da decisão de primeiro grau.

3.5 Ante o exposto, acolho as manifestações da Assessoria Técnica e do MPC e voto pelo **desprovemento** do recurso, mantendo-se, na íntegra, a decisão combatida.

Sala das Sessões, 11 de março de 2015.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO