



INTEIRO TEOR DA DELIBERAÇÃO

19ª SESSÃO ORDINÁRIA DA SEGUNDA CÂMARA REALIZADA EM 20/06/2024

PROCESSO TCE-PE Nº 20100401-0

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO RUY RICARDO HARTEN

MODALIDADE - TIPO: Prestação de Contas - Gestão

EXERCÍCIO: 2019

UNIDADE(S) JURISDICIONADA(S): Secretaria de Educação do Recife

INTERESSADOS:

ANDRÉ JOSÉ FERREIRA NUNES

BERNARDO JUAREZ D ALMEIDA

BIANCA BOMFIM SOARES LIMA

EDITE ULISSES SAMPAIO

LARISSA MELO BAUTISTA (OAB 26313-PE)

RELATÓRIO

Cuidam os autos da Prestação de Contas de Gestão da Secretaria de Educação do Recife - SEDUC, relativa ao exercício financeiro de 2019.

Conclusos os procedimentos de auditoria a cargo da Gerência de Contas da Capital (GECC), foi emitido Relatório de Auditoria (doc. n.º 89 dos autos eletrônicos), no qual foram apontadas as seguintes irregularidades:



Achado	Responsáveis	Valor Passível de Devolução (R\$)
2.1.1. Prestação de Contas de Gestão em desacordo com Resolução TC nº 67/2019	R01 - Bernardo Juarez D'Almeida R02 - André José Ferreira Nunes	-
2.1.2. Execução de despesa sem suporte contratual na contratação da empresa Mindlab.	R01 - Bernardo Juarez D'Almeida	-
2.1.3. Inobservância de exigência de garantia contratual nos contratos de merenda escolar firmados com a RC Nutry e a P.R.M Serviços	R01 - Bernardo Juarez D'Almeida R03 - Bianca Bomfim Soares Lima	-
	R04 - Rc Nutry Alimentação LTDA	R\$ 99.422,29
	R05 - P.R.M Serviços e Mao de Obre Especializada EIRELI	R\$ 375.505,09
2.1.4. Insuficiência de controle sobre as metas e recursos repassados via contrato de gestão firmado com a CEASA/OS.	R01 - Bernardo Juarez D'Almeida R06 - Edite Ulisses Sampaio	-

DADOS DOS RESPONSÁVEIS

Responsável	CPF/CNPJ	Detalhes
R01 - Bernardo Juarez D'almeida	***.537.854-**	Secretário de Educação (01/02/2019 a 31/12/2020)
R02 - André José Ferreira Nunes	***.187.974-**	Controlador Geral do Município (01/02/2019 a 01/01/2021)
R03 - Bianca Bomfim Soares Lima	***.669.424-**	Chefe de Divisão de Alimento e Nutrição (01/02/2019 a 08/04/2019) Ato/Instrumento: Portaria Nº 2021 de 20 de Fevereiro de 2019
R04 - Rc Nutry Alimentação Ltda	11.164.874/0001-09	Representante Legal: José Carlos Geraldo (***.172.498-**)
R05 - P.r.m Serviços e Mao de Obre Especializada Eireli	03.706.826/0001-69	Representante Legal: Marcio Rodrigues Pereira (***.362.588-**)
R06 - Edite Ulisses Sampaio	***.698.214-**	Gerente de Nutrição (01/02/2019 a 01/01/2021) Ato/Instrumento: Portaria Número 2195 de 20 de fevereiro de 2019

Devidamente notificado acerca do teor do Relatório de Auditoria, o Sr. Bernardo Juarez D'Almeida, Secretário de Educação, apresentou defesa individualizada nos autos (doc. n.º 139 dos autos eletrônicos), a qual transcrevo a seguir:

3. QUESTÃO PRELIMINAR: DA IDENTIDADE DE DEMANDAS EM CURSO – A CONEXÃO POR PREJUDICIALIDADE.

Tem se tornado cada vez mais comum que os mesmos fatos sejam tratados no âmbito do Tribunal de Contas em vários processos distintos. Isso, sem dúvidas, dificulta a defesa dos imputados, à medida em que multiplica o número de processos, de defesas e aumenta o risco de decisões conflitantes.

Os pontos questionados no âmbito do presente Relatório de Auditoria são conexos aos tratados



no Processo TC nº. 1851854-0 e em outros processos. O último achado de auditoria deste relatório deixa clara a relação de prejudicialidade com outros processos. O Relatório deixa isso absolutamente claro.

Necessário destacar a seguinte fundamentação da equipe técnica no tocante ao achado A3.2 – Irregularidade 2.1.4 - Insuficiência de controle sobre as metas e recursos repassados via contrato de gestão firmado com a CEASA/OS:

[...] Os aditivos que foram executados no exercício de 2019, que faz parte do escopo desta Prestação de Contas, foram o quinto e sexto aditivo contratual. Nesse sentido, alguns achados em auditorias anteriores podem levar à invalidação do contrato de gestão, como é o caso do achado “Nulidade, ilegalidade e ilegitimidade da contratação direta do CEASA pela SEDUC, execução imperfeita e insuficientemente comprovada dos serviços contemplados no Contrato de Gestão nº 390/2014, causando dano ao Erário” no bojo na Auditoria Especial 1851854-0. Desta forma, uma eventual declaração de nulidade do contrato implica a nulidade dos atos deles decorrentes, maculando o quinto e sexto termo aditivo. [...]

Os aditivos que foram executados no exercício de 2019, que faz parte do escopo desta Prestação de Contas, foram o quinto e sexto aditivo contratual. Nesse sentido, alguns achados	
Processo TC nº 20100401-0	57/74
2.1.4. Insuficiência de controle sobre as metas e recursos repassados...	
em auditorias anteriores podem levar à invalidação do contrato de gestão, como é o caso do achado “Nulidade, ilegalidade e ilegitimidade da contratação direta do CEASA pela SEDUC, execução imperfeita e insuficientemente comprovada dos serviços contemplados no Contrato de Gestão nº 390/2014, causando dano ao Erário” no bojo na Auditoria Especial 1851854-0. Desta forma, uma eventual declaração de nulidade do contrato implica a nulidade dos atos deles decorrentes, maculando o quinto e sexto termo aditivo , nesse sentido o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo decidiu que:	

Ora. Se é verdade que eventual declaração de nulidade do contrato de Gestão



n. 390/2014 implica a nulidade dos atos deles decorrentes, maculando o quinto e sexto termo aditivo – objeto de apuração da Auditoria sob enfoque (presentes autos), as imputações e os temas analisados nos autos do processo da Auditoria Especial n. 1851854-0 são conexos.

Disso decorre, pois, a necessária ponderação acerca da franca possibilidade de decisões conflitantes, já que, como esposado anteriormente e expressamente fundamentado pela equipe de auditoria, os temas tratados são conexos.

O mesmo ocorre, de forma menos explícita, em relação a outros achados. Os contratos citados nos outros dois achados (já que o primeiro versa sobre supostas irregularidades formais na prestação de contas) também são discutidos em auditorias especiais existentes nessa Corte.

Essa multiplicação de processos conexos, certamente, atinge o núcleo essencial do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Neste quadro – e tendo em vista o colorido quase-jurisdicional que se dá ao processo efetivado no âmbito dos Tribunais de Contas –, é de ver-se que se instaura entre as demandas em questão (a presente, o Processo TC nº. 20100401-0 e a Auditoria Especial n. 1851854-0) verdadeira relação de prejudicialidade.

Realmente, a dita prejudicialidade decorre do fato de que uma tem o condão de, potencialmente, influir no conteúdo substancial do julgamento da outra. O mesmo também ocorre em relação aos dois outros achados, mas de forma menos direta.

Em situações tais, a processualística indica, com integral amparo pretoriano, que a relação jurídica fundamental objeto da ação prejudicial constitui pressuposto lógico do julgamento da ação prejudicada, circunstância que justifica a suspensão desta última, nos termos do CPC.

Essa (a suspensão) é a medida de prudência mínima que se deve adotar, no âmbito de duas



demandas, a segunda não deveria sequer continuar a sua marcha, exatamente porque traria consigo a nódoa da litispendência.

Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco assim enuncia:

“[...] a relação de prejudicialidade entre ações existe sempre que uma delas verse sobre a existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica fundamental, da qual dependa o reconhecimento da existência, inexistência ou modo de ser do direito controvertido na outra.”[2]

É, longe de dúvidas, o que ocorre entre o presente processo, o Processo TC nº. 20100401-0 e a Auditoria Especial n. 1851854-0 da Secretaria de Educação do Município do Recife como assim fundamentou a própria equipe de auditoria:

Veja-se, por oportuno, que o tema não escapa às Cortes de Contas, como não poderia deixar de ser. De fato, o próprio Tribunal de Contas da União lança luzes sobre a temática, reconhecendo-a, quando dispõe sobre a conexidade entre demandas postas sob sua responsabilidade.

Em casos tais, e de forma recorrente, o TCU apresenta dúplice solução: reputa necessário o julgamento conjunto das demandas ou indica o sobrestamento de uma para que se tenha, de forma anterior, o julgamento da questão prejudicial.

É o que se dá, por exemplo, no caso do elucidativo Acórdão TCU n. 2159/2012 – Plenário, da Relatoria do Ministro José Múcio Monteiro.

Na decisão – de integral aplicabilidade ao caso presente –, o Ministro Relator discute a relação de prejudicialidade entre uma revisão de prestação de contas anual e uma tomada de contas especial que recaem sobre o mesmo contexto, tal como se infere do texto a seguir:

“Se existem dois processos com os mesmos responsáveis, tratando dos mesmos fatos, eles



devem ser analisados e apreciados conjuntamente, no mínimo, por conexão. Por analogia com o processo civil, havendo igualdade dos elementos da ação, no caso, as partes e a causa de pedir, configura-se a litispendência. Poder-se-ia arguir que não se aplica o instituto da litispendência no TCU e, principalmente, nesta situação, por constituírem a tomada de contas especial e o recurso de revisão processos de tipos diferentes. Alegação controversa, mas aceitável. Porém, não acolho como justificativa para o julgamento em separado dos processos a simples existência de penas distintas.” (TCU – Acórdão n. 2159/2012 – Plenário – Relator Ministro José Múcio Monteiro – Julgamento em 15 /8/2012). (grifos apostos)

Eis, pois, a indicação do TCU acerca do necessário julgamento conjunto da prestação de contas e de processo incidental que discuta o mesmo substrato fático, como ocorre entre o presente processo e a Auditoria Especial já referidos.

Não sendo essa a solução a ser adotada, vislumbra-se possível, alternativamente, o sobrestamento do presente processo até que se leve a cabo a Auditoria Especial aludida.

É o que se extrai, por exemplo, do Acórdão TCU n. 330/2002 – Segunda Câmara – Relator Ministro Valmir Campelo, que dispõe sobre o sobrestamento de processo ulterior “em razão da possibilidade de conexão entre as impropriedades constatadas nestes autos e em outros processos que já tramitavam no TCU”.

Portanto, em respeito também ao direito à ampla defesa e ao contraditório, já que essa multiplicidade de processos finda por prejudicar o direito de defesa, a questão há de ser considerada pela Corte de Contas quando da apreciação do Relatório.

4. PROTEÇÃO QUANTO À RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO QUE AGE EM OBSERVÂNCIA À LEI, E SEGUNDO AS SUAS FUNÇÕES. INCLUSÃO INDEVIDA DO SECRETÁRIO DENTRE OS IMPUTADOS.



Cumprе destacar, de início, que o Secretário de Educação do Município, como agente público que atuou de boa-fé (não há nenhum elemento em sentido contrário no Relatório), goza de garantias que o blindam da responsabilização pessoal pelos atos praticados por outros servidores alocados na estrutura orgânica da Secretaria.

Ora, num Estado de Direito pautado nas garantias individuais, não poderia ser diferente. Todo o Sistema Normativo sancionador foi concebido com base na necessidade de demonstração do dolo ou culpa do sujeito que irá ser penalizado. O Secretário não pode ser responsabilizado por atos praticados por terceiros. Essa lógica, pautada numa hipertrofiada visão punitiva, é inadequada ao nosso Estado Democrático de Direito, sendo esse um “Estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à proteção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e do próprio Estado”.

No caso prático sob enfoque, não há qualquer antijuridicidade na Prestação de Contas de Gestão na Secretaria de Educação do Recife, relativa ao exercício 2019. A Secretaria de Educação do Município do Recife conseguiu atingir seus objetivos finalísticos.

Portanto, reitere-se, não há qualquer antijuridicidade praticada por nenhum dos agentes públicos apontados pela Equipe Técnica do Tribunal. Mas, mesmo que houvesse (e não há), o Defendente não poderia ser responsabilizado única e tão somente pelo fato de ser o Secretário de Educação.

O Defendente sempre determinou que todas as contratações necessárias à garantia do interesse público precisariam ser feitas em respeito não só aos princípios da economicidade, da eficiência e da impessoalidade como também em obediência às regras procedimentais e de competência de cada órgão e setor da Administração Municipal. Da mesma forma, o Defendente sempre determinou que todas as regras e



recomendações relativas à fiscalização da execução dos recursos e à publicidade das contratações fossem encampadas.

Na mesma trilha, o Defendente, na condição de Secretário, sempre determinou que a Secretaria internalizasse em suas práticas as recomendações contidas nas decisões anteriores dessa Corte de Contas. Em todas as funções públicas que desempenhou, o Defendente cuidou sempre de ser absolutamente transparente e de zelar pela franqueza com os Órgãos de Controle. Isso também no que concerne ao envio de documentos e prestações de contas e manutenção da atualização dos canais de transparência.

No que concerne às contratações, o Secretário, como não poderia deixar de ser, apenas chancelou atos/contratações que tinham sido recomendadas pelo setor competente e que contavam com o aval de quem tem competência para atestar as suas adequações à juridicidade. Como pode ser ele responsabilizado por qualquer eventual (e inexistente) ilegalidade?

Com efeito, numa situação dessa, acaso houvesse (e não há) alguma irregularidade - formal ou mesmo material -, o agente público não poderá ser responsabilizado pessoalmente, salvo se devida e amplamente comprovada a sua conduta eivada de dolo ou culpa. O elemento subjetivo é indispensável à culpabilidade do agente. Não há sequer qualquer alegação nesse sentido e nem poderia haver, já que o Defendente durante toda a sua vida profissional sempre agiu em absoluta conformidade com o Ordenamento Jurídico.

Todos os atos postos em análise pela equipe de auditoria foram realizados de forma regular por quem tinha competência para tanto e com as necessárias fundamentação e adequação ao rito. O Defendente, dentro de suas atribuições institucionais, garantiu que todas as etapas fossem regularmente cumpridas pelos agentes públicos que detinham competência funcional para tanto e apenas ratificou os atos. Não praticou qualquer ato antijurídico e não pode ser responsabilizado. A responsabilização ultra



objetiva do gestor buscada pelo Relatório Técnico não tem respaldo no Ordenamento Jurídico.

Tal conclusão encontra guarida na mais especializada doutrina, conforme se extrai abaixo de duas lições bastantes aplicáveis ao caso concreto:

“Essa filiação indevida da responsabilidade do administrador público à responsabilidade civil patrimonial (indevida face aos princípios da responsabilidade extradisciplinar, face à sua ilimitação e desproporção) explica-se não só pela irreflexão decorrente do hábito - que contaminou de direito civil o direito administrativo - mas pelo vulto da corrupção na administração pública, e pela negatividade cada vez maior que a imagem da classe política e do administrador público vêm assumindo perante a opinião pública. O resultado é paradoxal quando o que se pretende, na verdade, é a valorização da função pública..

Por isso, a doutrina não pode ficar alheia a tais distorções; é seu dever configurar de maneira própria a responsabilidade do administrador público; se não houve culpa deste, não se pode responsabilizá-lo; impossível dimensionar-lhe a responsabilidade segundo a capacidade de uma mente onisciente, fazendo-se presumir sua culpa em qualquer ato da Administração; e se não houve enriquecimento ilícito ou o favorecimento de terceiros, não se pode falar em responsabilidade patrimonial.

“A homologação, após o pronunciamento dos órgãos técnicos competentes, era uma situação compulsória, pois, do contrário, haveria prejuízo ao bom funcionamento do órgão público. Por essa razão, para fins de verificação ato de improbidade administrativa, é importante se ter, como foco de mira, o elemento subjetivo da conduta, pois o agente público, que não foi o responsável pela pesquisa de mercado do preço ofertado, não pode ser responsabilizado objetivamente, tendo em vista que praticou ato de boa-fé, recomendado pelos setores competentes, responsáveis pelo processo licitatório.”



De fato, e como bem alertado acima, é indevida a responsabilização do Defendente em razão de todo e qualquer ato da Administração praticado por todo e qualquer agente público lotado no território sob sua tutela, no caso a Secretaria de Educação do Município do Recife. O Defendente fez o que qualquer pessoa responsável faria em seu lugar e chancelou recomendações/atos avalizados por diversos servidores públicos.

Assim, ressalvados os casos de má-fé, quando a conduta do agente público está viciada com dolo ou culpa, que não é o caso deste processo, é impossível a sua responsabilização pessoal por atos praticados na condição de agente municipal. Com efeito, ao passo que a responsabilidade estatal é objetiva, para que se busque imputar ao Defendente qualquer responsabilidade, mister evidenciar cabalmente a sua atuação com dolo, culpa ou má-fé.

Como no presente caso o Relatório não foi capaz de mostrar qualquer atuação em excesso de poder, desvio de finalidade, má-fé ou qualquer outro tipo de ilegalidade pelo Defendente (e seria impossível, porque isso não aconteceu), é indevida a inclusão do Secretário nesta Auditoria.

Há uma outra questão que precisa ser enfrentada. A tentativa de responsabilização objetiva do Secretário não tem respaldo legal (na verdade é contrária a toda a lógica do Ordenamento Jurídico).

Vários movimentos legislativos e pretorianos no sentido de proibir a responsabilização ultra-objetiva dos gestores públicos que agem de boa-fé. A nova Lei de Improbidade, Lei nº. 14.230/21, é explícita ao estabelecer, já no seu Artigo 1º, § 3º que:

“§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por improbidade administrativa”.

Esse movimento legislativo, vai ao encontro das decisões garantistas que foram proferidas por diversos Tribunais com objetivo de afastar a ideia



de uma responsabilização objetiva que além de ser incompatível com o Sistema Normativo finda por afastar do serviço público muita gente bem intencionada que teme ser responsabilizada por questões formais ou procedimentais sobre as quais não têm controle.

A título meramente exemplificativo, porquanto há uma diversidade imensa de julgados nesse sentido, o Plenário do Tribunal de Contas da União já pacificou que a penalização (em sentido amplo) do agente público exige o elemento subjetivo como necessário. Nesse sentido o Acórdão nº. 249/2010:

“A responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal (...) segue a regra geral da responsabilidade civil. Quer dizer, trata-se de responsabilidade subjetiva. O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva. Esta, vale frisar, é responsabilidade excepcional, a exemplo do que ocorre com os danos causados pelo Estado em sua interação com particulares - art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

50. A responsabilidade subjetiva, vale dizer, possui como um dos seus pressupostos a existência do elemento culpa.”

Há, como dito, diversas outras deliberações da Corte de Contas nesse sentido, entre elas os Acórdãos nº 46/2001, nº 1.795/2003, nº 33/2005, nº 46/2006, nº 975/2006 e nº 487/2008, todos do Plenário.

Com efeito, também sob o prisma do princípio da hierarquia, a responsabilização do Defendente não seria justificável. A edição do Decreto 9.830 /19, de 10 de junho de 2019, que regulamentou as inovações introduzidas na LINDB, pela Lei Federal 13.655/18 trouxe novidades para o Direito em geral, mas, sobretudo, ratificou a lógica da responsabilidade subjetiva dos gestores públicos.



O art. 12, §7º do mencionado Decreto, trata especificamente sobre a temática da delegação de competência, estabelecendo expressamente que, no exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

DECRETO Nº 9.830, DE 10 DE JUNHO DE 2019

Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

CAPÍTULO IV

DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.



§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

Observa-se assim que o Decreto define expressamente o conceito de erro grosseiro como sendo "aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia".

E não só isso, pela leitura do seu §2º, conclui-se facilmente que a comprovação do erro grosseiro deverá ser cabal, não cabendo a presunção.

Dessa forma, os Órgãos de Controle deverão demonstrar cabalmente nos autos que houve uma culpa gravosa com grau de negligência elevado, para aplicar punições a superiores hierárquicos, quando da prática de atos supostamente irregulares encampados por seus subordinados, o que efetivamente não ocorreu no presente caso. (nem em relação a irregularidades praticadas por seus subordinados e muito menos em relação a ato ilícito por parte do Defendente).

Entendimento diverso acabaria por inviabilizar ou esvaziar a descentralização de poder, uma vez que a responsabilidade continuaria nas mãos do superior hierárquico mesmo com o reconhecimento de que, de fato, este não tem conhecimento de tudo.



Por fim, conquanto a ausência de responsabilidade do Defendente já esteja demonstrada, em respeito ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, o Defendente fará um enfrentamento analítico das imputações constantes do Relatório Técnico, mostrando que não houve as irregularidades apontadas.

5. DO ENFRENTAMENTO ANALÍTICO DAS IMPUTAÇÕES CONSTANTES DO RELATÓRIO.

Por uma questão de sistematização das informações já coletadas e apreciadas acerca do assunto em trâmite perante o TCE/PE, a presente peça defensiva utilizará determinados trechos do Relatório de Auditoria como ponto de partida para as discussões necessárias a evidenciar a já expressada insubsistência dos achados. De fato, tal sorte de metodologia permite um debate dialético mais aprofundado sobre os fatos trazidos pelo órgão técnico da Corte de Contas, sobretudo a fim de que se esclareça a situação havida em sua plenitude.

Eis, em termos finais, os aludidos achados e os supostos responsáveis apontados:

Achado	Responsáveis	Valor Passível de Devolução (R\$)
2.1.1. Prestação de Contas de Gestão em desacordo com Resolução TC nº 67/2019	R01 - Bernardo Juarez D'Almeida R02 - André José Ferreira Nunes	-
2.1.2. Execução de despesa sem suporte contratual na contratação da empresa Mindlab.	R01 - Bernardo Juarez D'Almeida	-
2.1.3. Inobservância de exigência de garantia contratual nos contratos de merenda escolar firmados com a RC Nutry e a P.R.M Serviços	R01 - Bernardo Juarez D'Almeida R03 - Bianca Bomfim Soares Lima	-
	R04 - Rc Nutry Alimentação LTDA	R\$ 99.422,29
	R05 - P.R.M Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI	R\$ 375.505,09
2.1.4. Insuficiência de controle sobre as metas e recursos repassados via contrato de gestão firmado com a CEASA/OS.	R01 - Bernardo Juarez D'Almeida R06 - Edite Ulisses Sampaio	-

De plano, deve-se afirmar que nenhuma das quatro irregularidades apontadas implicam dano ao erário ou tampouco infração de gravidade relevante que justifique a penalização do Defendente.



5.1 DO ACHADO DE AUDITORIA [2.1.1]. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE GESTÃO EM DESACORDO COM RESOLUÇÃO TC Nº 67 /2019

O primeiro dos pontos levantados pelo Relatório de Auditoria diz respeito a uma suposta incompletude no envio de documentos que compõem a prestação de contas do exercício de 2019 da Secretaria de Educação do Recife. Nesse contexto, eis o resumo da imputação manejada pelo órgão técnico do TCE/PE ao ex-Secretário de Educação e ora Defendente:

Bernardo Juarez D'almeida (Secretário de Educação)

Conduta:

Prestar contas em desacordo com os requisitos estabelecidos na Resolução nº 25/2017 do TCE-PE.

Nexo de Causalidade:

A prestação de contas em desconformidade Resolução nº 25/2017, além de desatender a legislação, o que fere a transparência pública e dificulta a atividade de controle externo.

Em um primeiro plano, há de se registrar que o Defendente sempre determinou que fossem adotadas todas as medidas necessárias a atender à Resolução nº. 25/2017. Portanto, agiu, nos limites de sua função, de forma absolutamente adequada à juridicidade. A equipe que realizou a prestação de contas, inclusive, foi a mesma que o fez em exercícios anteriores.

Dito isso, pode-se ainda concluir que a conclusão da forma como concebida é exagerada. A Própria Equipe Técnica do Tribunal admite que somente 3 itens do conjunto de 27 contidos no Anexo III não foram completos e esses itens não comprometem minimamente a fiscalização.



Tabela 01 - Irregularidades identificadas na Prestação de Contas de 2019 da SEDUC

Item	Documentação exigida	Irregularidade	Evidência
02	Dados dos ordenadores de despesa e do titular do órgão ou entidade, informando nome, nº do CPF, endereço residencial, cargo/função, ato de designação e de exoneração e período de exercício no cargo/função.	Dados titular do órgão (Secretário de Educação) não informados	Doc 02
11	Declaração informando as medidas tomadas para saneamento das irregularidades, acaso encontradas, em relatório de auditoria realizada pelo controle interno.	Não há Relatório de Auditoria de Controle Interno referente ao exercício de 2019	Doc 11
16	Mapa demonstrativo consolidado de todos os contratos, vigentes no exercício, extraído do sistema SAGRES - Módulo de Licitações e Contratos - LICON.	Não na relação o contrato nº 1401.0009/2018	Doc 16

Fonte: Prestação de Contas de Gestão da SEDUC, exercício 2019.

Ressalte-se ainda que o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco editou a Resolução T.C. n.º 76/2020, a qual prorrogou para 15 de agosto de 2020, o prazo para apresentação das prestações de contas anuais de Governo e de Gestão dos órgãos e entidades estaduais e municipais de Pernambuco relativas ao exercício de 2019. E a Secretaria apresentou os documentos listados entre os achados, sem que houvesse qualquer prejuízo à fiscalização.

Consoante se observa dos comprovantes de entrega anexados à presente defesa (e do próprio sistema do Tribunal), a Secretaria de Educação do Recife apresentou os documentos correspondentes aos 27 itens que compõem o Anexo III da Resolução, relativos à Prestação de Contas do exercício de 2019, na data de 30/04/2020.

O item 11 - Declaração informando as medidas tomadas para saneamento das irregularidades, acaso encontradas, em relatório de auditoria realizada pelo controle interno -, foi entregue no dia 30/04/2020, consoante se observa o print abaixo:



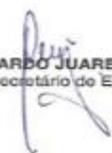
Documento Assinado Digitalmente por: BERNARDO JUAREZ D'ALMEIDA, ANSIME: 3061.FERREIRA.NUNES.
 Acesse em: <https://stce.tce.pe.gov.br/epi/validaDoc.seam> Código do documento: 3be47b7a-28c2-459c-a3ad-9d0788d85b2d



DECLARAÇÃO

Para fins de atendimento ao item 11 do Anexo III da Resolução TC nº 67/2019, declaramos que por não haver até a presente data relatório de auditoria do controle interno, não há declaração informando as medidas tomadas para o exercício de 2019 nesta Secretaria de Educação da Prefeitura do Recife.

Recife, de abril de 2020


BERNARDO JUAREZ D'ALMEIDA
 Secretário de Educação

11	IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA EDUCATIVA (RESTRUTURADA DE PROPOSTAS CURRICULARES PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS PRÁTICAS EDUCATIVAS)	Item 11 da Resolução do Tribunal de Contas	06-04-2020	Item: 11.pdf	<ul style="list-style-type: none"> ANA CRISTINA FERREIRA NUNES BERNARDO JUAREZ D'ALMEIDA
----	---	--	------------	--------------	--

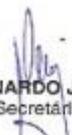


Documento Assinado Digitalmente por: BERNARDO JUAREZ D'ALMEIDA
 Acesse em <https://stc.ece.pe.gov.br/epv/validaDoc.seam> Código do documento: 4069311-208f-4e61-9139-9463402023

DECLARAÇÃO

Para fins de atendimento ao item 27 do Anexo III da Resolução TC nº 67/2019, declaramos que o Processo de nº 17100260-0 – exercício 2016, encontra-se em fase de julgamento, mas ainda não foi julgado, o Processo de nº 18100762-9 – exercício 2017 também encontra-se em fase de julgamento, mas ainda não foi julgado e o Processo de nº 19100337-2 – exercício 2018, está em fase de instrução, sendo assim não existente Determinações e/ou Recomendações relacionadas aos mesmos.

Recife, de abril de 2020


BERNARDO JUAREZ D'ALMEIDA
 Secretário de Educação

O mesmo se observa com relação ao item 16, supostamente ausente da relação de documentos que compõem a Prestação de Contas de 2019. O print abaixo comprova que também no dia 30/04/2020, a Secretaria de Educação apresentou o Mapa demonstrativo consolidado de todos os contratos:

	19	Mapa demonstrativo consolidado de todos os contratos	Item 16 da Prestação de Prestação de Contas	30-04-2020	Item 16.pdf	• BERNARDO JUAREZ D'ALMEIDA
	15	Mapa demonstrativo consolidado de todas as despesas e investimentos	Item 15 da Prestação de Prestação de Contas	30-04-2020	Item 15.pdf	• BERNARDO JUAREZ D'ALMEIDA
	14	Relatório de Contas Semestrais, com resumo das ações e do Plano de Gestão Educacional	Item 14 da Prestação de Prestação de Contas	30-04-2020	ITEM 14_14012019.pdf	• BERNARDO JUAREZ D'ALMEIDA • VIRGINIA GONCALVES MARTINS
	13	Relatório e respostas às solicitações técnicas de todos os itens	Item 13 da Prestação de Prestação de Contas	30-04-2020	ITEM 13 - 1406 - 007470000 CONCLAM(20) MAC(20)A(Compressao).pdf	• BERNARDO JUAREZ D'ALMEIDA • VIRGINIA GONCALVES MARTINS
	12	Termo de confidência de dados	Item 12 da Prestação de Prestação de Contas - Declaração Legítima	30-04-2020	Item 12.pdf	• BERNARDO JUAREZ D'ALMEIDA
	11	Declaração de controle interno informando os trabalhos realizados para consecução dos procedimentos	Item 11 da Prestação de Prestação de Contas	30-04-2020	Item 11.pdf	• ANNE CRISTINA TINOCO PORTO • BERNARDO JUAREZ D'ALMEIDA

No mesmo dia, 30/04/2020, foi incluído no sistema documento adicional da Prestação de Contas relativo a esse item 16, consoante se observa o print:



Nesse compasso, ao bem da verdade é possível verificar que todos os contratos (relativos aos exercícios de 2018 e 2019) estão incluídos no sistema SAGRES/LICON, conforme se infere em anexo (doc. 03).

Observa-se, portanto, que o Relatório de Auditoria lança informações de contrato firmado no exercício anterior e conclui de maneira generalista que a Secretaria de Educação não enviou tempestivamente as informações sobre todos os contratos. Eventuais atrasos na inclusão das informações no tocante a poucos contratos (no universo de tantos) no sistema SAGRES /LICON não podem resultar automaticamente na conclusão de que houve negligência na prestação de contas. Não há que se falar em configuração, por conseguinte, de irregularidade no que tange ao conteúdo da prestação de contas.

Deve-se levar em consideração que a inserção das informações no Sistema SAGRES, Módulo LICON é um processo realizado pelos setores operacionais da Secretaria de Educação (Contratos e Gerência de Compras, Almoxarifado e Patrimônio).

Importante ressaltar que em nenhum momento a Secretaria foi notificada/alertada ou questionada pela não inserção de informações, podendo assim realizar as atualizações necessárias. Admitir que a gestão seja penalizada sem antes oportunizá-la a sanar eventual ausência de preenchimento do sistema fere frontalmente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não houve, portanto, por parte do Defendente qualquer tipo de sonegação/obstrução às ações da fiscalização, tampouco tentativa de obstrução ou sonegação de informações.

Quanto aos dados titular do Órgão (Secretário de Educação) não informados (por mero erro material), trata-se de informação pública, de fácil obtenção a qualquer cidadão, conforme se extrai do recorte abaixo:



NOME DO PARTICIPANTE	CPF/CNPJ	TIPO DE PARTICIPANTE	DATA INÍCIO
Secretaria de Educação do Recife	18.245.800/0001-91	Administração Pública	
WILSON JOSÉ FERREIRA NUNES	715.187.914-15	Demais Representantes	21/02/2019
MARIA GLEIZE OLIVEIRA BUDHARMA	000.431.744-07	Conselhor	21/01/2019
MARIA JOSÉ DA SILVA COSTA	568.787.274-72	Odeador de Despesa	21/01/2019
SILDO ANTÔNIO DE SOUZA LAFHETE FILHO	540.694.844-01	Odeador de Despesa	21/01/2019
VÍTOR PINHEIRO	087.104.794-02	Odeador de Despesa	11/05/2019
WILSON ALEXANDRO LIMA GABER	548.704.224-03	Odeador de Despesa	21/01/2019
FRANCISCO LUCAS DOS SANTOS	482.866.724-03	Odeador de Despesa	21/01/2019
ROBERTO DE NEBO ANDRAZ	847.264.894-84	Odeador de Despesa	21/01/2019
WAGNER SOUZA DE ARAÚJO	832.494.164-07	Odeador de Despesa	21/01/2019
ROSSANA SALETE DE BARROS AULONBERQUE	880.719.224-03	Odeador de Despesa	28/05/2019
ROSSANA SALETE DE BARROS AULONBERQUE	880.719.224-03	Odeador de Despesa	21/08/2019
DANIELLE CESAR OLIVEIRA DE CARVALHO	819.481.324-48	Odeador de Despesa	28/05/2019
ROSSANA SALETE DE BARROS AULONBERQUE	880.719.224-03	Odeador de Despesa	17/06/2019
ALEXANDRE DE DEUS	232.483.994-00	Odeador de Despesa	18/04/2019
ADRIANA CRISTINA DE MOURA SOUZA	566.850.224-91	Odeador de Despesa	19/09/2019
ROBERTO ARAÚJO BORGES DE MATTOS	278.174.914-68	Odeador de Despesa	07/11/2019
SANDRA SERAFIM RODRIGUES DE MATEUS	408.173.224-91	Odeador de Despesa	28/08/2019
EBRANE NUNES DA SILVA GONÇALVES	408.113.444-07	Odeador de Despesa	28/05/2019
EBRANE NUNES DA SILVA GONÇALVES	408.113.444-07	Odeador de Despesa	17/06/2019
EBRANE NUNES DA SILVA GONÇALVES	408.113.444-07	Odeador de Despesa	21/08/2019
GEORGE DA SILVA FERREIRA	734.429.894-03	Odeador de Despesa	24/12/2019
ESTIVALDO JAMES D'ALMEIDA	817.227.224-48	Secretário Titular do Órgão/Chefe de Poste	21/01/2019
JOSÉ FERNANDO DA SILVA COSTA	432.788.404-13	Odeador de Despesa	21/11/2019

Nome	CPF	Estado Civil	Telefone Fixo	Telefone Móvel	Email	Função
Bernardo Lucas Carneiro	837.287.224-68	Não Informado		8133227001	bernardo.empresa@gmail.com	SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO

Número do ato de Investição/Nomeação	Data do ato de Investição/Nomeação	Número do ato de Exoneração/Alta	Data do ato de Exoneração/Alta	Início Exercício	Fim Exercício
0002/2019	15/11/2019			01/01/2019	31/12/2019

Logradouro	Número do endereço	Complemento	Bairro	CEP	Nome do Município
Estrada dos Unidos	200	APT. 303	Casa Forte	52061000	Recife

Portanto, esse dado apontado pela equipe de auditoria como ausente da Prestação de Contas de 2019 não trouxe qualquer prejuízo à fiscalização e não constou por mero erro material.

Por todo o exposto na fundamentação relativa ao primeiro achado de auditoria, restou demonstrado que a integralidade das informações e cópia dos instrumentos contratuais foram amplamente divulgados/publicados e mantidos à disposição do público, garantindo a transparência na gestão pública.

Punir o gestor nesse cenário parece absolutamente impensável sob a ótica da juridicidade.

Por extrema cautela, entende o Defendente ser importante consignar que as conclusões obtidas pela equipe de auditoria no tocante a ausência dos dados do titular do órgão, podem, no máximo, ser caracterizadas como mera irregularidade formal ou, que não configuram qualquer tipo de falta grave e que não geraram, sob nenhuma ótica, qualquer dano/prejuízo



efetivo ao Erário Público. Não houve qualquer conduta irregular do Defendente ou de qualquer outro agente público que resultasse dano ao interesse público. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser contemplados.

Ainda dentro do mesmo achado de auditoria (2.1.1), o Relatório de Auditoria aponta nas páginas 21 e 22, dez contratos que foram enviados ao sistema SAGRES/LICON intempestivamente. Todavia, o que se observa, é que não houve, em nenhum momento, sonegação /obstrução às ações de fiscalização. O princípio da publicidade foi efetivamente cumprido. Não houve qualquer mácula à legalidade (juridicidade) que fosse capaz de prejudicar o exercício do controle externo e do controle social na fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial das unidades jurisdicionadas dessa Corte de Contas, tal como ocorreu no presente caso.

Reitera-se, por oportuno, que não houve em nenhum momento sonegação ou obstrução por parte da Administração. Eventual apresentação a destempo de documentação considerada necessária por essa Corte de Contas, configura mera irregularidade formal, não podendo representar qualquer mácula à juridicidade de todo processo administrativo envolvido. A necessidade pública foi atendida dentro dos patamares de legalidade, não havendo qualquer prejuízo ao Erário.

5.2. ACHADO DE AUDITORIA [A2.1] - EXECUÇÃO DE DESPESA SEM SUPORTE CONTRATUAL NA CONTRATAÇÃO DA EMPRESA MINDLAB

Inicialmente, o Defendente demonstra que, ao contrário do que sugere o Relatório do Tribunal de Contas, não houve qualquer prejuízo ao Erário ou à coletividade. Muito pelo contrário. O próprio relatório apresentado pela empresa (doc. 04), demonstra que tudo o que foi exigido quando da contratação, foi perfeitamente atendido.

Os kits educacionais foram pronta e imediatamente entregues e houve efetivo acompanhamento da metodologia (sendo que



esse acompanhamento da metodologia não se enquadra no conceito de assistência técnica, razão pela qual não faz sentido se exigir um acompanhamento que acompanhe todo o ano letivo). Mesmo diante das dificuldades impostas pela pandemia de Covid 19 no ano de 2020, não houve nenhum prejuízo ao Erário ou aos alunos da rede municipal em relação ao acompanhamento da metodologia.

O Recife, no período, alcançou resultados expressivos, reconhecidos nacionalmente, na área de educação, também por adotar essa reconhecida metodologia.

Não por acaso, no ano de 2019 o Recife teve o maior crescimento no IDEB dentre todas as capitais do Brasil, conforme dão contam as notícias jornalísticas que foram vinculadas nos jornais de grande circulação da época (doc. 05). A título meramente exemplificativo cita-se a reportagem contida no sítio eletrônico do Jornal do Comércio em 15.09.2020, "Rede Municipal do Ensino do Recife tem o maior crescimento do IDEB entre as capitais brasileiras".

O método educacional da MINDLAB, certamente, contribuiu para o excelente resultado. Não há dúvidas quanto à adequação ao interesse público da contratação e tampouco em relação à singularidade do objeto contratado. Também não há qualquer questionamento em relação à importância pedagógica do material.

Além de entregar imediata e prontamente os kits, a MINDLAB acompanhou a metodologia e realizou reuniões e encontros com os professores, conforme se infere do Relatório devidamente juntado ao processo.

Não há qualquer controvérsia em relação à precificação da contratação, sendo indiscutível que ela se adéqua aos limites impostos pelo binômio economicidade/eficiência.

O setor competente da Secretaria, responsável pela contratação (não é o Secretário quem faz essa análise, por óbvio), entendeu que a situação



fática se enquadra à hipótese normativa contida no Artigo 62, § 4º da Lei de Licitações, já que, de fato, não há propriamente assistência técnica.

A Secretaria não elaborou um termo específico de contrato, por entender que a situação fática estava englobada pelo permissivo contido no § 4º, do Artigo 62. O pagamento foi feito com suporte nas notas de empenho, como possibilita o mencionado dispositivo legal.

Três questões precisam ser postas: (i) a primeira delas é que não há erro grosseiro de quem quer que seja. Há uma discussão sobre o enquadramento (ou não) de um produto singular num determinado conceito jurídico indeterminado; (ii) a segunda é que quem faz a subsunção da situação fática à hipótese normativa não é o Secretário. Não se pode hipertrofiar o conceito de erro grosseiro para penalizar quem quer que seja; (iii) a terceira é que mesmo que se considere que a situação fática não deveria ser enquadrada na hipótese normativa do Artigo 62, após a análise do conjunto de evidências, inclusive dos objetivos atingidos e do Relatório juntado aos autos, forçoso seria reconhecer que não houve qualquer prejuízo ao Erário ou aos alunos. Muito pelo contrário.

A ausência em concreto de qualquer prejuízo ao Erário ou aos alunos e a comprovação de todas as entregas previstas no Termo de Referência esvaziam a imputação. A alegada vinculação entre a ausência de um instrumento específico de contrato e supostos problemas de execução ou supervisão da metodologia não existiu e o que persistiria num eventual entendimento de inadequação da situação fática à hipótese normativa seria um vício de natureza formal sem maiores repercussões práticas.

Não se pode, aliás, dizer que houve pagamento sem respaldo contratual ou financeiro. O que não havia era um instrumento específico de contrato, mas havia sim uma relação jurídica contratual materializada e havia ainda supedâneo jurídico-financeiro: as notas de empenho.



Portanto, tem-se que: (i) não foi o Secretário quem fez a subsunção da situação fática à hipótese do § 4º, do Artigo 62; (ii) esse entendimento é legítimo e mesmo por parte de quem o questiona não pode ser considerado como erro grosseiro; (iii) a MINDLAB acompanhou a metodologia; (iv) esse acompanhamento de metodologia não se enquadra ao conceito de assistência técnica e não é uma espécie de suporte, não precisa, portanto, coincidir com o ano letivo, inexistindo qualquer problema em relação ao prazo estabelecido; (v) não houve qualquer problema em relação à entrega dos kits, a qual se fez de maneira pronta e imediata; (vi) houve acompanhamento da metodologia; (vii) os objetivos finalísticos perseguidos foram absolutamente atingidos com êxito total.

Isso tudo, certamente, justifica que a imputação seja declarada insubsistente.

Por fim, reitera-se, por oportuno, que não houve em nenhum momento sonegação ou obstrução por parte da Administração. Todas as solicitações dessa Corte de Contas foram atendidas /respondidas sempre com a maior brevidade possível. O Defendente recebe com surpresa a fundamentação apontada pelo Relatório de Auditoria tendo em vista que sempre houve a inequívoca e constante troca de informações durante todo o período com essa Corte de Contas.

Diante do exposto resta demonstrado que não houve por parte do Defendente qualquer tipo de sonegação/obstrução às ações da fiscalização, tampouco tentativa de obstrução ou sonegação de informações.

5.3 DO ACHADO DE AUDITORIA [A3.1] - INOBSERVÂNCIA DE EXIGÊNCIA DE GARANTIA CONTRATUAL NOS CONTRATOS DE MERENDA ESCOLAR FIRMADOS COM A RC NUTRY E A P.R.M SERVIÇOS

O terceiro achado da auditoria indica que o Defendente teria sido responsável por deixar de exigir garantia de execução contratual de forma a



salvaguardar o erário municipal de eventual inadimplemento contratual.

Com efeito, e com a devida vênia, as conclusões não são compatíveis com a realidade fática.

Algumas questões precisam ser colocadas. Não houve qualquer problema na execução dos contratos que tenha trazido qualquer tipo de prejuízo ao Erário. Essa questão, por si só, já é suficiente a esvaziar o conteúdo da discussão a uma questão meramente formal.

Mas, não é só. O defendente, de forma explícita, determinou no âmbito da Secretaria que a garantia contratual haveria de ser exigida em todos os contratos e que a exigência haveria de ser reiterada e renovada em relação a todos os fornecedores.

Assim foi feito. Em relação aos dois contratos citados pelo relatório de fiscalização, a exigência formal foi encaminhada nos dias 03 e 12 de abril de 2019, consoante se inferem dos documentos anexos (doc. 06). Cumpre registrar, por oportuno, que as empresas realizavam serviços essenciais que não poderiam ser paralisados e mantinham com a Administração Municipal contratos de curta vigência, cuja execução era acompanhada de perto pela Secretaria. A vigência dos contratos era de 180 dias.

Entretanto, a Secretaria conseguiu finalizar a execução dos contratos antes do término e encampou um processo licitatório. A empresa RC Nutry, que findou por ganhar a licitação e firmou um contrato por 12 meses com possível prorrogação por mais 48, realizou a garantia no âmbito desse contrato maior (doc. 07).

No caso da P.R.M. Serviços, a Secretaria de Educação instaurou um Processo Administrativo Disciplinar, consoante se infere dos documentos anexos (doc. 08), e reteve os pagamentos em valores superiores àqueles que seriam realizados a título de garantia contratual. A retenção no valor de R\$ 455.003,22 supera o montante que corresponderia à garantia contratual, no valor de R\$ 375.505,09.



Ou seja, o que se extrai de toda essa narrativa é o seguinte: (i) a Secretaria, por explícita determinação do Defendente, exigiu sim que fossem realizadas as garantias em todos os contratos administrativos; (ii) a Secretaria acompanhou de perto a execução dos contratos e garantiu que não houvesse nenhum dano ao Erário; (iii) a Secretaria reteve os pagamentos da empresa que se negou a realizar a garantia e que apresentou dificuldades na execução do contrato e o fez, inclusive, em valores superiores aos que existiriam relacionados a essa garantia; (iv) ou seja, através dessa retenção, a Secretaria garantiu a essência finalística da garantia e preservou o interesse público primário; (v) a Secretaria instaurou um Procedimento Administrativo Disciplinar em desfavor da empresa.

Não houve, portanto, nem omissão por parte da Secretaria e nem tampouco qualquer tipo de prejuízo que tenha sido suportado pelo Município do Recife. Isso é suficiente para desautorizar qualquer tipo de penalização de quem quer que seja.

Como se não bastasse, também nesse ponto, a inclusão do Secretário como imputado contraria a razoabilidade. O Secretário, explícita e formalmente, determinou que as garantias contratuais fossem exigidas em todos os contratos. Não se pode atribuir, contudo, ao Secretário o dever de fiscalizar diretamente cada uma das relações jurídicas da Secretaria no detalhe. Isso, repise-se, não é razoável.

A razoabilidade aqui não é invocada no seu conceito meramente semântico, mas sim sob o seu aspecto jurídico de princípio constitucional.

O referido princípio constitucional deve ser devidamente considerado de forma plena para a análise da solução exigida pelo caso concreto. Como adverte, de forma brilhante, o Ministro e Professor Luís Roberto Barroso: “as disposições constitucionais, já se demonstrou, são normas jurídicas, dotadas de força normativa e aptas, em muitos casos, a serem efetivadas independentemente de normação ulterior”.



E aqui três questões precisam ser postas: (i) não há dúvidas de que a a razoabilidade é considerada como princípio constitucional; (ii) o referido princípio constitucional não se configura como “valores” reconhecidos abstratamente e nem tampouco como meros programas ou políticas, mas, de revés, trata-se de norma jurídica concreta, que deve ser observada para solução de casos jurídicos concretos (na verdade a proporcionalidade e a razoabilidade se enquadram perfeitamente ao conceito de postulados normativos aplicativos ou de metanormas, ou ainda de normas de segundo grau); (iii) os atos ou normas infralegais que submetidos aos postulados da proporcionalidade ou da razoabilidade se mostrarem exagerados devem ser extirpados do universo jurídico[5] em respeito ao caráter sistemático, unitário e hierárquico do ordenamento jurídico.

Portanto, também sob a ótica do princípio constitucional da razoabilidade, não pode ser dada qualquer penalidade ao Defendente que não pode ser tido como um ser onipresente com responsabilidades de verificar todos os atos, todos os contratos da Secretaria.

5.4 DO ACHADO DE AUDITORIA [A4.1] - INSUFICIÊNCIA DE CONTROLE SOBRE AS METAS E RECURSOS REPASSADOS VIA CONTRATO DE GESTÃO FIRMADO COM A CEASA/OS

O quarto e derradeiro ponto de imputação manejado pelo TCE/PE indica que o Defendente teria deixado de exigir o adequado controle das metas e resultados inerentes ao contrato de gestão nº 390/2014.

Conforme exposto na preliminar - tópico 3 da presente defesa - os pontos questionados no âmbito do presente Relatório de Auditoria são conexos aos tratados no Processo TC nº. 1851854-0 e em outros processos.

A própria equipe técnica fundamentou que alguns achados em auditorias anteriores podem levar à invalidação do contrato de gestão, como é o caso do achado “Nulidade, ilegalidade e ilegitimidade da contratação direta do CEASA pela SEDUC,



execução imperfeita e insuficientemente comprovada dos serviços contemplados no Contrato de Gestão nº 390/2014, causando dano ao Erário” no bojo na Auditoria Especial 1851854-0.

Considerando que a eventual declaração de nulidade do contrato de gestão nº 390/2014 implicará na nulidade dos atos deles decorrentes, maculando o quinto e sexto termo aditivo - ora analisados na presente Auditoria (ambos executados no exercício de 2019), a suspensão - tal como já requerido na preliminar - é a medida de prudência mínima que se deve adotar.

Neste ponto, da forma como foi concebido o Relatório, é absolutamente impossível para o Defendente usufruir de seu direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

O Defendente precisaria ter acesso à totalidade de apontamentos anteriores existentes em outros processos, nos quais não é parte, para que pudesse, conhecendo a totalidade de informações, exercer o seu direito à defesa.

Assim, o Defendente solicita o sobrestamento do julgamento deste ponto ou a supressão do item do processo para que depois de conhecer a totalidade dos processos, possa apresentar sua defesa.

No entanto, por extrema cautela, o Defendente explicita que não houve qualquer antijuridicidade praticada em sua gestão também em relação a esse ponto.

Aliás, o Defendente demonstra, com relação a esse último achado de auditoria que o contrato de gestão sob análise foi encerrado em 31/12/2019, na sua gestão.

Foi realizada seleção simplificada para contratar nutricionistas objetivando substituir a fiscalização do CEASA. Foram realizadas, ainda, licitações e contratações visando substituir toda a parte de logística do CEASA, passando a Secretaria de Educação a ser a única responsável por toda gestão logística.



O Defendente pode afirmar que jamais em sua gestão as metas do contrato foram concebidas ou ajustadas aos indicadores práticos constatados. Isso nunca aconteceu, por óbvio. Os indicadores do contrato de gestão foram evoluindo ano após ano, obtendo em 2019 seus melhores resultados.

Um dado que precisa ser densificado é a questão da melhoria contínua dos indicadores. Os 68% não correspondem à meta conforme informado pela equipe de auditoria e sim ao mínimo para realizar a avaliação nutricional. Assim, a conclusão obtida pela equipe de auditoria que há indício de análise superficial, ou pró-forma das metas não prospera, pois adotada premissa nitidamente equivocada.

O que se tem de concreto é que os requisitos para renovação do contrato estavam de acordo com as regras da Orientação Técnica da Controladoria Geral do Município do Recife.

Nesse ponto, o que serve de baliza para a elucidação da atuação administrativa é a tempestiva manifestação e procedimentalização para fins de continuidade dos serviços visando o necessário atendimento ao interesse público (necessidade administrativa), sendo certo afirmar que todos os processos de renovação contratual cumpriram, de forma efetiva, os prazos, parâmetros e procedimentos atinentes à legalidade.

A equipe da Secretaria de Educação realizou todas as providências administrativas indispensáveis ao estrito cumprimento legal, as renovações contratuais seguiram procedimentos próprios.

6. DOS PEDIDOS.

Inicialmente, requer que este processo seja “juntado” aos Processos TC n. TC nº. 1851854-0 ou de forma sucessiva, mas ainda preliminarmente, na eventualidade de não ser deferido o pedido anterior que seja determinado o sobrestamento deste processo até que se levem a cabo as Prestações de Contas anuais do exercício;



Requer poder juntar documentos posteriormente à apresentação desta defesa;

Em relação ao mérito, por cautela e desde já, requer sejam acolhidos, na totalidade, os argumentos jurídicos já apresentados nesta oportunidade, sendo declarada a inexistência de irregularidades jurídicas nos achados sob enfoque;

Requer que seja reconhecido que na qualidade de Secretário de Educação o Defendente não pode ser responsabilizado de forma objetiva por atos praticados por terceiros, inexistindo qualquer atuação sua com má-fé ou em desconexão com o Ordenamento Jurídico;

Por fim, reitera sua absoluta disposição em prestar, se necessário, esclarecimentos adicionais imprescindíveis ao entendimento pleno das questões suscitadas pela Egrégia Corte de Contas do Estado de Pernambuco.

Por sua vez, o Sr. André José Ferreira Nunes, Controlador-Geral do município, também apresentou defesa individualizada (doc. n.º 148 dos autos eletrônicos), que passo a reproduzir:

II – DOS ACHADOS DE AUDITORIA

Conforme item do Relatório, foi realizada análise de Prestação de Contas de Gestão na Secretaria de Educação do Recife, relativa ao exercício de 2019, cujo processo foi autuado sob o n.º 20100401-0, tendo por objetivo analisar a Prestação de Contas de Gestão da Secretaria de Educação do Recife, referente ao exercício de 2019, com ênfase na verificação da conformidade dos documentos constantes da prestação de contas em relação à Resolução TC n.º 67/2019, Anexo III, do processo administrativo n.º 04/2019 e na regularidade de vários processos licitatórios e contratos/termos aditivos.

O trabalho realizado pela equipe técnica de auditoria resultou em Achados da Auditoria, sendo atribuída responsabilidade (conduta; nexos de causalidade) ao ora Defendente no seguinte achado:



2.1.1. Prestação de Contas de Gestão em desacordo com Resolução TC nº 67/2019

Conduta:

Deixar de avaliar os procedimentos de controle adotados pelos Usuários quanto à veracidade, à integridade, à completude, à conformidade e à tempestividade no envio de dados relativos aos Módulos do SAGRES.

Nexo de Causalidade:

A omissão em relação ao dever imposto pela Resolução nº 20/2016 de avaliar os procedimentos de controles adotados pelos usuários do SAGRES.

Antes de adentrar na defesa prévia da suposta irregularidade identificada através desta Auditoria, não se poderia deixar de registrar o trabalho empreendido pela equipe técnica da Corte de Contas Estadual. Inobstante o respeito e consideração que merece a atuação dos servidores, imperioso ressaltar que o apontamento atribuído não importa em qualquer irregularidade, como restará absolutamente comprovado mais adiante.

As justificativas de defesa nesta peça produzidas serão relativas ao item "2.1.1", e circunscrita a "conduta" e "nexo de causalidade" levantados pela Auditoria no Relatório de Auditoria sob enfoque. Mas, antes disso, apresentar-se-á questão jurídicas prejudicial que precisa ser enfrentada antes da análise de mérito.

III - QUESTÃO PRELIMINAR: PROTEÇÃO QUANTO À RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO QUE AGE EM OBSERVÂNCIA À LEI, E SEGUNDO AS SUAS FUNÇÕES. INCLUSÃO INDEVIDA DO CONTROLADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DENTRE OS IMPUTADOS.

Cumprе destacar, de início, que o então Controlador-Geral do Município, ora Defendente, como agente público que atuou de boa-fé (não há nenhum elemento em sentido contrário no



Relatório), goza de garantias que o blindam da responsabilização pessoal pelos atos praticados por outros servidores alocados na estrutura orgânica da Controladoria-Geral.

Ora, em um Estado de Direito pautado nas garantias individuais, não poderia ser diferente. Todo o Sistema Normativo sancionador foi concebido com base na necessidade de demonstração do dolo ou culpa do sujeito que irá ser penalizado. O Controlador-Geral do Município não pode ser responsabilizado por atos praticados por terceiros. Essa lógica, pautada numa hipertrofiada visão punitiva, é inadequada ao nosso Estado Democrático de Direito, sendo esse um “Estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à proteção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e do próprio Estado”.

No caso prático sob enfoque, não há qualquer antijuridicidade na Prestação de Contas de Gestão na Secretaria de Educação do Recife, relativa ao exercício 2019. A Secretaria de Educação do Município do Recife conseguiu atingir seus objetivos finalísticos.

Portanto, reitere-se, não há qualquer antijuridicidade praticada por nenhum dos agentes públicos apontados pela Equipe Técnica do Tribunal. Mas, mesmo que houvesse (e não há), o Defendente não poderia ser responsabilizado única e tão somente pelo fato de ser o Controlador-Geral do Município.

Com efeito, numa situação dessa, acaso houvesse (e não há) alguma irregularidade - formal ou mesmo material -, o agente público não poderá ser responsabilizado pessoalmente, salvo se devida e amplamente comprovada a sua conduta eivada de dolo ou culpa. O elemento subjetivo é indispensável à culpabilidade do agente. Não há sequer qualquer alegação nesse sentido e nem poderia haver, já que o Defendente durante toda a sua vida profissional sempre agiu em absoluta conformidade com o Ordenamento Jurídico e com os princípios que regem a Administração Pública.



Todos os atos postos em análise pela equipe de auditoria foram realizados de forma regular por quem tinha competência para tanto e com as necessárias fundamentação e adequação ao rito. O Defendente, dentro de suas atribuições institucionais, garantiu que todas as etapas fossem regularmente cumpridas pelos agentes públicos que detinham competência funcional para tanto. Não praticou qualquer ato antijurídico e não pode ser responsabilizado. A responsabilização ultra objetiva do gestor buscada pelo Relatório Técnico não tem respaldo no Ordenamento Jurídico.

De fato, e como bem alertado acima, é indevida a responsabilização do Defendente em razão de todo e qualquer ato da Administração praticado por todo e qualquer agente público lotado em órgãos da Administração Direta e Indireta do Município do Recife.

Assim, ressalvados os casos de má-fé, quando a conduta do agente público está viciada com dolo ou culpa, que não é o caso deste processo, é impossível a sua responsabilização pessoal por atos praticados na condição de agente municipal. Com efeito, ao passo que a responsabilidade estatal é objetiva, para que se busque imputar ao Defendente qualquer responsabilidade, mister evidenciar cabalmente a sua atuação com dolo, culpa ou má-fé.

Como no presente caso o Relatório não foi capaz de mostrar qualquer atuação em excesso de poder, desvio de finalidade, má-fé ou qualquer outro tipo de ilegalidade pelo Defendente (e seria impossível, porque isso não aconteceu), é indevida a inclusão do então Controlador-Geral do Município nesta Auditoria.

Há uma outra questão que precisa ser enfrentada. A tentativa de responsabilização objetiva do então Controlador-Geral do Município não tem respaldo legal (na verdade é contrária a toda a lógica do Ordenamento Jurídico).

Vários movimentos legislativos e pretorianos no sentido de proibir a responsabilização ultra-objetiva dos gestores públicos que agem de boa-fé. A nova Lei de Improbidade, Lei nº. 14.230/21,



é explícita ao estabelecer, já no seu Artigo 1º, § 3º que:

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por improbidade administrativa.

Esse movimento legislativo, vai ao encontro das decisões garantistas que foram proferidas por diversos Tribunais com objetivo de afastar a ideia de uma responsabilização objetiva que além de ser incompatível com o Sistema Normativo finda por afastar do serviço público muita gente bem intencionada que teme ser responsabilizada por questões formais ou procedimentais sobre as quais não têm controle.

A título meramente exemplificativo, porquanto há uma diversidade imensa de julgados nesse sentido, o Plenário do Tribunal de Contas da União já pacificou que a penalização (em sentido amplo) do agente público exige o elemento subjetivo como necessário. Nesse sentido o Acórdão nº. 249/2010:

A responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal (...) segue a regra geral da responsabilidade civil. Quer dizer, trata-se de responsabilidade subjetiva. O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva. Esta, vale frisar, é responsabilidade excepcional, a exemplo do que ocorre com os danos causados pelo Estado em sua interação com particulares - art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

50. A responsabilidade subjetiva, vale dizer, possui como um dos seus pressupostos a existência do elemento culpa.

Há, como dito, diversas outras deliberações da Corte de Contas nesse sentido, entre elas os Acórdãos nº 46/2001, nº 1.795/2003, nº 33/2005, nº 46/2006, nº 975/2006 e nº 487/2008, todos do Plenário.



Com efeito, também sob o prisma do princípio da hierarquia, a responsabilização do Defendente não seria justificável. A edição do Decreto 9.830 /19, de 10 de junho de 2019, que regulamentou as inovações introduzidas na LINDB, pela Lei Federal 13.655/18 trouxe novidades para o Direito em geral, mas, sobretudo, ratificou a lógica da responsabilidade subjetiva dos gestores públicos.

O art. 12, § 7º do mencionado Decreto, trata especificamente sobre a temática da delegação de competência, estabelecendo expressamente que, no exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

DECRETO Nº 9.830, DE 10 DE JUNHO DE 2019

Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

CAPÍTULO IV

DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.



§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

Observa-se assim que o Decreto define expressamente o conceito de erro grosseiro como sendo "aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia".

E não só isso, pela leitura do seu § 2º, conclui-se facilmente que a comprovação do erro grosseiro deverá ser cabal, não cabendo a presunção.

Dessa forma, os Órgãos de Controle deverão demonstrar cabalmente nos autos que houve uma culpa gravosa com grau de negligência elevado, para aplicar punições a superiores hierárquicos, quando da prática de atos supostamente irregulares encampados por seus subordinados, o que efetivamente não ocorreu no presente caso.



Entendimento diverso acabaria por inviabilizar ou esvaziar a descentralização de poder, uma vez que a responsabilidade continuaria nas mãos do superior hierárquico mesmo com o reconhecimento de que, de fato, este não tem conhecimento de tudo.

Por fim, conquanto a ausência de responsabilidade do Defendente já esteja demonstrada, em respeito ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, o Defendente fará um enfrentamento analítico da imputação constante do Relatório Técnico, mostrando que não houve as irregularidades apontadas.

IV - DO MÉRITO

Passa-se a adentrar no mérito do achado imputado no Relatório de Auditoria.

2.1.1. Prestação de Contas de Gestão em desacordo com Resolução TC nº 67/2019

Conduta:

Deixar de avaliar os procedimentos de controle adotados pelos Usuários quanto à veracidade, à integridade, à completude, à conformidade e à tempestividade no envio de dados relativos aos Módulos do SAGRES.

Aponta o Relatório de Auditoria que, considerando então as disposições constantes nas Resoluções TC nºs 025/2017 e 67/2019, Anexo III, constatou-se que a Prestação de Contas da Secretaria de Educação de Recife referente ao exercício de 2019 apresentou as seguintes irregularidades:

Tabela 01 - Irregularidades Identificadas na Prestação de Contas de 2019 da SEDUC

Item	Documentação exigida	Irregularidade	Evidência
02	Dados dos ordenadores de despesa e do titular do órgão ou entidade, informando nome, nº do CPF, endereço residencial, cargo/função, ato de designação e de exoneração e período de exercício no cargo/função.	Dados titular do órgão (Secretaria de Educação) não informados	Doc 02
11	Declaração informando as medidas tomadas para saneamento das irregularidades, caso encontradas, em relatório de auditoria realizada pelo controle interno.	Não há Relatório de Auditoria de Controle Interno referente ao exercício de 2019	Doc 11
16	Mapa demonstrativo consolidado de todos os contratos, vigentes no exercício, extraído do sistema SAGRES - Módulo de Licitações e Contratos - LICON.	Não na relação o contrato nº 1401.0009/2018	Doc 16

Fonte: Prestação de Contas de Gestão da SEDUC, exercício 2019.



Após comentar o Relatório de Auditoria as supostas irregularidades acima apontadas, conclui falhar o então Controlador-Geral do Município, ora Defendente, ao deixar de avaliar os procedimentos de controle adotados pelos Usuários quanto à veracidade, à integridade, à completude, à conformidade e à tempestividade no envio de dados relativos aos Módulos do SAGRES, em conformidade com o dever imposto pela Resolução TC nº 20/2016.

De início, Excelentíssimo Senhor Relator, vale esclarecer ter exercido o ora Defendente a função de Controlador-Geral do Município do Recife, desde 1º de fevereiro de 2019, nos termos da Portaria nº 2412, de 21 de fevereiro de 2019, até 31 de dezembro de 2020, conforme art. 8º da Lei Municipal nº 18.773/2020. Ora, a Controladoria-Geral do Município (CGM) é o Órgão Central do Sistema de Controle Interno (SCI), é dizer, a unidade organizacional responsável pela coordenação, orientação e acompanhamento do sistema de controle interno, determinando o inciso I do artigo 5º da Resolução TC nº 0001/2009 competir ao Órgão Central do SCI do Poder Executivo Municipal “apoiar as unidades executoras, vinculadas às secretarias e aos demais órgãos municipais, na normatização, sistematização e padronização dos seus procedimentos e rotinas operacionais, em especial no que tange à identificação e avaliação dos pontos de controle”.

Nesse ponto, vale lembrar que se pode conceituar sistema ou estrutura de controle interno como o conjunto de políticas, regras e procedimentos adotados pela organização, cujo objetivo é vigiar, fiscalizar e verificar o alcance dos objetivos estabelecidos.

De acordo com Prado et al (2015)¹, os riscos são eventos potencialmente negativos capazes de afetar o desempenho da organização. O controle interno é, desta forma, toda a estrutura e conjunto de ações que a organização estabelece para tentar evitar ou diminuir o impacto destes riscos.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 70, determinou, para os diversos poderes, a criação



de um sistema de controle interno com abrangência específica. O sistema de controle interno estabelecido pela Constituição Federal trata, em especial, dos atos e fatos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais, que devem ser fiscalizados quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receita.

A Constituição Federal, no artigo 74, reforça esta finalidade e, além disso, dá ênfase às funções de avaliação do cumprimento de metas e da execução dos programas; de controle sobre as operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; e de apoio ao controle externo. Segundo Monteiro (2015)², as finalidades do sistema de controle interno expressas no artigo 74 da Constituição Federal remetem a objetivos que enfatizam a necessidade de gestão dos riscos relacionados às metas estabelecidas durante o processo orçamentário, à legalidade em relação à aplicação e gestão dos recursos públicos, ao endividamento público e ao funcionamento do Controle Externo.

Entre os modelos de sistemas de controle interno, tem-se adotado como referência o modelo de três linhas de defesa, proposto pelo Institute of Internal Auditors (IIA), com o objetivo de esclarecer papéis e responsabilidades relacionados à atividade de gerenciamento de riscos e controles. Além disso, o modelo apresenta uma nova perspectiva sobre as operações da organização, de modo a aumentar o sucesso de iniciativas relacionadas ao gerenciamento de riscos³. A estrutura do modelo é organizada em três linhas de defesa. A primeira linha de defesa é o controle realizado pela gerência operacional, a segunda linha de defesa é constituída de funções de controle de riscos e de supervisão e a terceira é a avaliação independente a cargo da auditoria interna.

Esclarecendo melhor o modelo em exame, vale destacar que, de acordo com Glynn et al (2016)⁴, a primeira linha de defesa do modelo é composta



pelos gerentes de gerência operacional responsáveis por monitorar e controlar os processos de trabalho.

Estas gerências funcionam como primeira linha de defesa pelo fato dos controles incorporados aos sistemas e processos de trabalho serem executados sob sua responsabilidade. Estes controles de gestão, quando exercidos de modo adequado, funcionam para garantir a conformidade com leis e regulamentos, evitar a execução inadequada de processos e a ocorrência de eventos inesperados (IIA, 2013)5.

Dentre as atividades realizadas na primeira linha de defesa destacam-se a identificação, a avaliação, o controle e a mitigação dos riscos, sendo os resultados destas utilizados como base para o desenvolvimento e a implementação de políticas e procedimentos internos.

Importante ressaltar que, conforme Anderson e Eubanks (2015)6, na primeira linha de defesa incluem-se as atividades de risco e controle realizadas pela gerência imediatamente responsável pelo processo de trabalho diário e, também, aquelas executadas pela gerência mediata de nível intermediário.

Por outro lado, a segunda linha de defesa é composta por funções de gestão de risco e de conformidade. Estas funções, que também estão submetidas ao controle e direção da alta administração, são implementadas para garantir que os controles e os processos de gerenciamento de riscos executados pela primeira linha de defesa estão funcionando de acordo com o estabelecido, principalmente, através da atividade de monitoramento contínuo (ANDERSON; EUBANKS, 2015). As funções que compõem a segunda linha de defesa variam entre organizações, em função da influência do tamanho da organização e do nível de complexidade e grau de regulação relacionados a sua área de atuação (ANDERSON; EUBANKS, 2015).

Em síntese, são estas algumas funções típicas de segunda linha de defesa:



Função
Segurança da Informação
Controle Financeiro
Segurança Física
Qualidade
Saúde e Segurança
Inspeção
Conformidade
Meio Ambiente
Suprimentos
Gerenciamento de Riscos

Pode-se observar que algumas das funções apresentadas possuem certo grau de especialização, pelo fato de estarem focadas no gerenciamento de riscos e controles de sistemas e processos de trabalho específicos. De acordo com Anderson e Eubanks (2015), as responsabilidades daqueles alocados na segunda linha de defesa tendem a ser:

I - prestar auxílio à gestão na concepção e desenvolvimento de processos e controles para gerir adequadamente os riscos;

II - definir atividades para monitorar e medir o sucesso em comparação com as expectativas estabelecidas;

III - acompanhar a eficácia das atividades de controle interno, escalonando questões críticas, riscos emergentes e outros;

IV - fornecer uma estrutura para gestão de risco;

V - identificar e monitorar questões conhecidas e emergentes que afetam os riscos e controles da organização;

VI - identificar mudanças no apetite de risco implícito da organização e tolerância ao risco; e

VII - fornecer orientações e formação adequadas relacionadas aos processos de gestão e controle de riscos.



As funções de segunda linha de defesa, portanto, ajudam a primeira linha a manter as políticas e os procedimentos estabelecidos pelo conselho, propondo melhorias nas estruturas e orientações. É também a segunda linha de defesa que realiza o monitoramento da primeira linha através da avaliação da eficácia das práticas de gestão de riscos que estão sendo adotadas (DECAUX; SARENS, 2015)⁷. Por fim, cumpre frisar que, por serem submetidas ao controle da alta administração, estas funções tendem a possuir um menor grau de independência quando comparadas a função da terceira linha de defesa (IIA, 2013).

Por último, a terceira linha de defesa. A auditoria interna é a função que compõe a terceira linha de defesa (IIA, 2013). Os auditores internos são aqueles responsáveis por fornecer ao órgão de governança e à alta administração avaliações objetivas e abrangentes, com o maior nível de independência dentro da organização. É a auditoria interna que provê avaliações sobre a eficácia da governança, do gerenciamento de riscos e dos controles internos, incluindo a forma como a primeira e a segunda linhas de defesa alcançam os objetivos em relação ao gerenciamento de riscos e controles.

Nessa mesma perspectiva, Anderson e Eubanks (2015) enfatizam que a independência organizacional e a objetividade são marcas que distinguem a terceira linha de defesa (auditoria interna) das demais. Os auditores internos não elaboram ou implementam controles e não são responsáveis pelas operações da organização. Essas atividades ficam a cargo das outras duas linhas de defesa. Além disso, a elevada independência organizacional permite que os auditores possam fornecer uma avaliação confiável e objetiva para a alta direção da organização.

Ora, no Município do Recife a primeira linha de defesa é desempenhada pelas secretarias e entidades de natureza substantiva, que são responsáveis diretas pela execução de projetos e programas de governo. Em relação a estas secretarias e entidades da administração indireta,



ganha destaque a atuação dos grupos setoriais e das gerências onde estes estão alocados, uma vez que as atividades afetas a cada um dos sistemas estruturantes (administração geral, recursos humanos, financeiro e planejamento) são realizadas por intermédio deles. Havendo, por determinação legal, a obrigação destes grupos exercerem o controle e a fiscalização sobre as atividades pelas quais são responsáveis, nos termos do inciso I do artigo 5º da Lei nº 17.867, de 2013.

No Poder Executivo Municipal, a segunda linha de defesa do sistema de controle é colocada em prática, especialmente, pelo monitoramento da efetividade dos procedimentos de controle a partir dos Indicadores de Controle Interno, ação de responsabilidade dos órgãos centrais de sistemas administrativos com acompanhamento pelo órgão central do Sistema, assim como, através do exercício de macrocontroles por parte do órgão central. Ou seja, o controle interno das secretarias e entidades da administração indireta exercem a segunda linha, atuando para que seja observada a legalidade e se avalie os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, além da consecução de outros objetivos estabelecidos pela Constituição Federal e por outras normas. Assim sendo, cada Secretaria ou Entidade da Administração Municipal possui um servidor responsável pelo controle interno, que é cadastrado junto a esse Tribunal.

A terceira linha de defesa é realizada pela função de auditoria interna. Esta função foi atribuída ao Órgão Central do Sistema de Controle Interno, qual seja, a Controladoria-Geral do Município, pela Lei nº 17.867, de 2013, que deve fornecer ao órgão de governança e à alta administração avaliações abrangentes baseadas no maior nível de independência e objetividade dentro da organização.

A auditoria interna provê avaliações sobre a eficácia da governança, do gerenciamento de riscos e dos controles internos.

Ora, restam claras as funções da Controladoria-Geral do Município como terceira linha de defesa:



prover avaliação de conformidade com leis, regulamentos, políticas, procedimentos e contratos, bem como avaliar todos os elementos da estrutura de gerenciamento de riscos e controle interno.

Neste ponto, Senhor Conselheiro, vale esclarecer que o Regimento Interno Controladoria-Geral do Município (CGM), o Decreto nº 30.247, de 1º de fevereiro de 2017 (Anexo 1), no inciso V de seu artigo 5º, determina ser uma das unidades da administração superior da CGM a Gerência de Controle da Regularidade, Orientações e Normas (GCRON).

Vale sublinhar, pois, as atribuições da precitada Gerência de Controle da Regularidade, Orientações e Normas (GCRON):

Art. 19 Compete à GCRON, sem prejuízo das atribuições legais da Procuradoria Geral do Município do Recife:

I - orientar e apoiar as Unidades Gestoras sobre a gestão orçamentária, financeira e patrimonial do Poder Executivo Municipal;

II - assessorar juridicamente as atividades da Controladoria Geral do Município, resguardadas as competências da Procuradoria Geral do Município do Recife;

III - acompanhar, de forma sistemática e permanente, a execução da regularidade jurídica, fiscal, econômico-financeira e administrativa dos órgãos e entidades da administração direta e indireta do Município, conforme Decreto Municipal nº 27.084, de 05 de maio de 2013;

IV - apoiar a elaboração de estudos e orientações produzidas pelas demais unidades da CGM, nos seus aspectos formais e jurídicos;

V - monitorar as prestações de contas dos convênios realizados pelo Município do Recife, tanto de receita, quanto de despesa;

VI - monitorar a adimplência do Município no Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal - CADIN e no Serviço



Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias da União - CAUC;

VII - promover ou apoiar as demais gerências da CGM na realização de capacitações sobre os temas relacionados às atribuições do órgão; e

VIII - orientar e acompanhar as prestações de contas realizadas pelas Unidades Gestoras ao Tribunal de Contas do Estado.

Ora, Excelentíssimo Senhor Relator, a GCRON, como unidade da administração superior da CGM, tinha entre suas competências e atribuições, conforme visto, exatamente acompanhar, de forma sistemática e permanente, a execução da regularidade jurídica, fiscal, econômico-financeira e administrativa dos órgãos e entidades da administração direta e indireta do Município, e mais, orientar e acompanhar as prestações de contas realizadas pelas Unidades Gestoras ao Tribunal de Contas do Estado.

Pelas atribuições da unidade, é o gestor da GCRON cargo de provimento livre. Ora, certo é que os ocupantes de cargos públicos de provimento livre são agentes públicos, devendo, pois, observar os deveres impostos pelo exercício do cargo. O fato de o provimento do cargo ser livre não afasta as obrigações impostas ao seu ocupante, mas tampouco as transfere para a autoridade que procedeu à sua nomeação. O exercício bem como as obrigações a ele inerentes são de caráter estritamente pessoal.

De outra parte, importante destacar que a autoridade a quem se atribui a competência para nomear age no interesse público. A nomeação não vem a satisfazer um móvel pessoal. Antes, é a lei que determina ser o provimento livre. A relação de confiança, que caracteriza nomeações na espécie, reveste-se de essencialidade por força da lei. Em síntese, a competência da nomeação livre não é instituída em benefício da autoridade superior, mas exclusivamente do serviço público.

Nesta linha, naturalmente é de se questionar como se vislumbraria a culpa in eligendo. De



início, como o faz Ruy Ricardo W Harten Júnior (O Livre Provimento de Cargo Público e a Culpa In Eligendo, in Revista do Tribunal de Contas de Pernambuco, v. 8, n. 8), não se pode esquecer tratar-se a culpa in eligendo de conceito originalmente privado, previsto no artigo 932, III, do Código Civil: “são (...) responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. Tem-se, pois, que o empregador responde civilmente pela simples razão de ter admitido que o empregado exerça atividade sob sua responsabilidade, e deve ser assim, já que o terceiro prejudicado contrata com o empregador, e não com o empregado.

Ora, Senhor Relator, o detentor de cargo de provimento livre não é preposto da autoridade que o nomeou. A subordinação que caracteriza a relação entre o patrão e o empregado implica na emissão de comandos que atendam aos interesses do seu emissor, ou seja, do patrão. Diferentemente, na esfera pública o ocupante de cargo de provimento livre não age em proveito daquela autoridade. Não, pelo contrário: sua atuação visa a um interesse público, e encontra-se pautada em lei.

Assim, como esclarece Ruy Ricardo W Harten Júnior (op. cit., p. 35),

Por tudo isto há de se procurar emprestar um sentido próprio a culpa in eligendo no âmbito do direito público. A autoridade competente só seria passível de responder solidariamente pelos atos praticados pelo detentor do cargo de provimento livre quando a este faltasse a qualificação requerida pelas funções a serem desempenhadas.

É, pois, de se afastar qualquer culpa in eligendo, já que exercia a gestão da GCRON servidora com qualificação específica para o desempenho das atividades da Gerência, em especial orientar e acompanhar as prestações de contas realizadas pelas Unidades Gestoras ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.



Nesse ponto, Excelentíssimo Senhor Relator, é de se destacar verificar-se, na prática, que, no caso da Controladoria-Geral do Município, as múltiplas e inúmeras demandas exigidas não comportam o acompanhamento direto do Controlador-Geral, de sorte que seria – e é - humanamente impossível ao dirigente máximo do órgão atualizar-se e/ou certificar-se de todos os atos de todos os processos.

Como se verificou acima, no organograma da CGM havia (há) unidade da administração superior da Controladoria-Geral do Município, a Gerência de Controle da Regularidade, Orientações e Normas, competente para avaliar os procedimentos de controle adotados pela Secretaria de Educação, sendo, pois, descabido exigir da autoridade máxima da CGM o acompanhamento direto sobre os atos praticados nas dezenas de unidades. A existência de setores tecnicamente especializados visa dar segurança para uma atuação do Gestor da CGM focada na identificação de projetos de melhoria, implementação de ações, avaliação dos elementos da estrutura de gerenciamento de riscos e controle interno etc.

Assim, não pode prosperar a simples alegação de omissão por parte do ora Defendente como fundamento para aplicação de multa, haja vista que, por si só, não caracteriza má-fé ou dolo. Mister considerar que a atribuição de falha e aplicação de penalidade por isto, deve ser acompanhada de provas suficientes a comprovar – irrefutavelmente – que o ato praticado tido como irregular teve a participação direta do ora Defendente, e demonstração do dano ao erário, o que no presente caso, não há, pois ausente in totum qualquer demonstração de prejuízo aos cofres públicos, bem como quaisquer elementos probatórios inquestionáveis da ingerência do ora Defendente na suposta omissão apontada no Relatório de Auditoria. Não é razoável exigir da autoridade máxima do órgão um acompanhamento pessoal de todos os atos de todas as unidades, em especial quando havia unidade da administração superior da CGM competente para tal.



Nesse sentido, é de se aplicar, na hipótese, o mesmo entendimento adotado em recente Acórdão do TCU (Acórdão 2585/2021 – Plenário), mudando-se o que deve ser mudado:

Como se pode perceber, trata-se de irregularidades relacionadas a aspectos técnicos específicos dos procedimentos licitatórios conduzidos pela Ceagesp, as duas últimas inclusive atinentes à atuação do pregoeiro, não sendo razoável, a meu ver, esperar que o dirigente máximo da entidade tivesse condições de acompanhar procedimentos ligados à solicitação e utilização de orçamentos, ou de detectar a existência de empresas com sócios em comum, mesmo em licitações de materialidade expressiva, sob pena de eventualmente não conseguir desempenhar de modo satisfatório as múltiplas e complexas tarefas inerentes ao cargo.

Não me parece estar comprovada, ademais, qualquer falha de supervisão por parte do Diretor-Presidente. Na verdade, as licitações estavam sendo conduzidas e acompanhadas pela diretoria competente, à qual cabia a detecção e a comunicação de eventuais irregularidades. Não o tendo feito, seria de excessivo rigor exigir desse responsável conduta diversa da que teve.

Por último, é de se destacar que vem a Controladoria-Geral do Município apoiando fortemente as unidades executoras, vinculadas às secretarias e aos demais órgãos e entidades municipais, na normatização, sistematização e padronização dos seus procedimentos e rotinas operacionais, em especial no que tange à identificação e avaliação dos pontos de controle, nos termos do inciso I do artigo 5º da Resolução T.C. nº 001/2009.

Nos últimos exercícios, realizou esta Controladoria-Geral um elevado número de orientações, recomendações técnicas, boletins informativos, cartilhas, manuais, etc., com a finalidade de apoiar e orientar as Unidades do Município do Recife em diversos assuntos, inclusive, especificamente, para as Prestações de Contas a esse egrégio Tribunal de Contas, conforme se verifica no link a seguir:



<http://www2.recife.pe.gov.br/secretariaorgao/servicos/Controladoria%20Geral%20do%20Municipio>

Neste sentido, têm-se, exemplificativamente, orientações para atender as formalidades para a Prestação de Contas ao TCE - PE nos exercícios de 2018 e 2019 (Anexo 2), bem como, para o cadastramento de informações no sistema SAGRES (Anexo 3) e diversas outras, como verificado no quadro abaixo:

Orientações Técnicas
2017: 16
2018: 11
2019: 10
2020: 11

Boletins Informativos
2017: 2
2018: 3
2019: 2
2020: 2

Recomendações Técnicas
2017: 3
2018: 4
2019: 1
2020: 1

Resta claro, pois, excelentíssimo Senhor Conselheiro, que vem cumprindo com rigor a Controladoria-Geral do Município do Recife suas atribuições como terceira linha de defesa do controle interno, bem como o determinado na Resolução T.C. nº 001/2009.

Somando-se a tudo o que foi exposto, pode-se ainda concluir que a conclusão da forma como concebida é exagerada. Conforme visto acima, a Própria Equipe Técnica do Tribunal admite que somente 3 itens do conjunto de 27 contidos no Anexo III não foram completos e esses itens não comprometem minimamente a fiscalização. Veja-se novamente os itens apontados:



Tabela 01 - Irregularidades identificadas na Prestação de Contas de 2019 da SEDUC

Item	Documentação exigida	Irregularidade	Evidência
02	Dados dos ordenadores de despesa e do titular do órgão ou entidade, informando nome, nº do CPF, endereço residencial, cargo/função, ato de designação e de exoneração e período de exercício no cargo/função.	Dados titular do órgão (Secretário de Educação) não informados.	Doc 02
11	Declaração informando as medidas tomadas para saneamento das irregularidades, acaso encontradas, em relatório de auditoria realizada pelo controle interno.	Não há Relatório de Auditoria de Controle Interno referente ao exercício de 2019	Doc 11
16	Mapa demonstrativo consolidado de todos os contratos, vigentes no exercício, extraído do sistema SAGRES - Módulo de Licitações e Contratos - LICON.	Não na relação o contrato nº 1401.0009/2018	Doc 16

Fonte: Prestação de Contas de Gestão da SEDUC, exercício 2019.

Ressalte-se ainda que o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco editou a Resolução T.C. n.º 76/2020, a qual prorrogou para 15 de agosto de 2020, o prazo para apresentação das prestações de contas anuais de Governo e de Gestão dos órgãos e entidades estaduais e municipais de Pernambuco relativas ao exercício de 2019. E a Secretaria de Educação apresentou os documentos listados entre os achados, sem que houvesse qualquer prejuízo à fiscalização.

Consoante se observa dos comprovantes de entrega abaixo (e presentes no próprio sistema do Tribunal), a Secretaria de Educação do Recife apresentou os documentos correspondentes aos 27 itens que compõem o Anexo III da Resolução, relativos à Prestação de Contas do exercício de 2019, na data de 30 de abril do 2020.

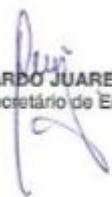
O item 11 - Declaração informando as medidas tomadas para saneamento das irregularidades, acaso encontradas, em relatório de auditoria realizada pelo controle interno -, foi entregue no dia 30 de abril de 2020, consoante se observa pela figura abaixo:



DECLARAÇÃO

Para fins de atendimento ao item 11 do Anexo III da Resolução TC nº 67/2019, declaramos que por não haver até a presente data relatório de auditoria do controle interno, não há declaração informando as medidas tomadas para o exercício de 2019 nesta Secretaria de Educação da Prefeitura do Recife.

Recife, de abril de 2020


BERNARDO JUAREZ D'ALMEIDA
 Secretário de Educação

	11 Declaração do controle interno informando as medidas tomadas para saneamento das irregularidades	Item 11 da Resolução de Prestação de Contas	30-04-2020	item 11.pdf	<ul style="list-style-type: none"> • ANDRÉ JOSE FERREIRA NUNES • BERNARDO JUA ALMEIDA
--	--	---	------------	-------------	---

O mesmo se observa com relação ao item 16, supostamente ausente da relação de documentos que compõem a Prestação de Contas de 2019. O print a seguir comprova que também no dia 30 de abril de 2020, a Secretaria de Educação apresentou o Mapa demonstrativo consolidado de todos os contratos:



16	Mapa demonstrativo consolidado de saldos de exercícios anteriores	Item 15 da Prestação de Prestação de Contas	30-04-2020	item 15.pdf	+ BERNARDO JUAREZ D ALMEIDA
15	Mapa demonstrativo consolidado de obrigações, despesas e encargos/afinados	Item 15 da Prestação de Prestação de Contas	30-04-2020	item 15.pdf	+ BERNARDO JUAREZ D ALMEIDA
14	Relatório de contas bancárias, com o resumo sobre as faturas de cartão de crédito	Item 14 da Prestação de Prestação de Contas	04-04-2020	ITEM 14 - 1401 0289.pdf	+ DE FRANCO JUREI / D ALMEIDA + VIRGINIA GONCALVES MARTINS
13	Exatidão e responsabilidade das informações prestadas	Item 13 da Prestação de Prestação de Contas	04-04-2020	ITEM 13 - 1401 0289.pdf	+ BERNARDO JUAREZ D ALMEIDA + VIRGINIA GONCALVES MARTINS
12	Tornoz de conformidade de saldos	Item 12 da Prestação de Prestação de Contas - Destaque Regime	30-04-2020	item 12.pdf	+ BERNARDO JUAREZ D ALMEIDA
11	Declaração de controle interno sobre a execução das atividades para o exercício de 2019	Item 11 da Prestação de Prestação de Contas	30-04-2020	item 11.pdf	+ ANTONIO JOSÉ FERREIRA NUNES + BERNARDO JUAREZ D ALMEIDA

No mesmo dia, 30 de abril, foi incluído no sistema documento adicional da Prestação de Contas relativo a esse item 16, consoante se observa abaixo:



Documento Assinado Digitalmente por: BERNARDO JUAREZ D ALMEIDA
 Assinado em: 30/04/2020 às 10:57:19. Registro no Livro de Assinaturas nº 4244/2020 às 12:02:29

RECIBO DE PAGAMENTO
 CONTRATO Nº 001/2019

DATA	VALOR	VALOR DEBITADO	VALOR CANCELADO	VALOR CANCELADO	VALOR DEBITADO	VALOR CANCELADO	VALOR CANCELADO
30/04/2020	10.000,00	10.000,00	0,00	0,00	10.000,00	0,00	0,00
30/04/2020	10.000,00	10.000,00	0,00	0,00	10.000,00	0,00	0,00
30/04/2020	10.000,00	10.000,00	0,00	0,00	10.000,00	0,00	0,00

Jair Henrique da Silva
 Chefe do Setor de Contas
 Tel.: 77.279-6
 Secretaria de Educação - PEQ

Tem-se, pois, que as informações foram todas prestadas, sem que houvesse qualquer prejuízo à fiscalização.

Todos os contratos (relativos aos exercícios de 2018 e 2019) foram devidamente incluídos no sistema SAGRES/LICON.

Observa-se, portanto, que o Relatório de Auditoria lança informações de contrato firmado no exercício anterior e conclui de maneira generalista que a Secretaria de Educação não enviou tempestivamente as informações sobre todos os contratos. Eventuais atrasos na inclusão das informações no tocante a poucos contratos (no universo de tantos) no sistema SAGRES /LICON não podem resultar automaticamente na conclusão de que houve negligência na prestação de contas. Não há que se falar em configuração, por conseguinte, de irregularidade no que tange ao conteúdo da prestação de contas.

Deve-se levar em consideração que a inserção das informações no Sistema SAGRES, Módulo LICON é um processo realizado pelos setores



operacionais da Secretaria de Educação (Contratos e Gerência de Compras, Almoxarifado e Patrimônio).

Importante ressaltar que em nenhum momento a Secretaria foi notificada/alertada ou questionada pela não inserção de informações, podendo assim realizar as atualizações necessárias. Admitir que a gestão seja penalizada sem antes oportunizá-la a sanar eventual ausência de preenchimento do sistema fere frontalmente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não houve, portanto, por parte da Secretaria de Educação do Recife qualquer tipo de sonegação /obstrução às ações da fiscalização, tampouco tentativa de obstrução ou sonegação de informações.

Quanto aos dados titular do Órgão (Secretário de Educação) não informados (por mero erro material), trata-se de informação pública, de fácil obtenção a qualquer cidadão, conforme se extrai do recorte abaixo:

NOME DO EMPREGADO	CARGO	TIPO DE EMPREGADO	DATA INÍCIO	DATA FIM
Secretaria de Educação do Recife	10.567.006.000-02	Administração Pública		
ANDRÉ JOSÉ FERREIRA FILHO	715.181.924-05	Assessor de Gabinete	01/12/2019	01/12/2019
MARIA GABRIEL COSTA BLOCHMAN	965.435.744-02	Controlador	01/11/2019	01/10/2019
MARIA JOSÉ DA SILVA COSTA	964.183.224-02	Controlador de Empresas	01/11/2019	01/12/2019
DAVID ANDRÉ DE AQUINO LAMARCA FILHO	216.694.864-02	Controlador de Empresas	01/11/2019	01/04/2019
VIVIAN PAVES	907.184.194-02	Controlador de Empresas	11/10/2019	01/12/2019
ANDRÉ ALEXANDRO LIMA GOMES	940.704.224-02	Controlador de Empresas	01/11/2019	01/12/2019
FRANCISCO RUIZ DOS SANTOS	482.884.734-08	Controlador de Empresas	01/11/2019	01/12/2019
RODRIGO DE MELO MORAIS	247.844.854-04	Controlador de Empresas	01/11/2019	01/10/2019
LUCAS COSTA DE ALMEIDA	225.484.964-02	Controlador de Empresas	01/11/2019	04/09/2019
ROSÁRIA SALETE DE MORAIS ALBUQUERQUE	088.719.284-08	Controlador de Empresas	20/10/2019	02/04/2019
ROSÁRIA SALETE DE MORAIS ALBUQUERQUE	088.719.284-09	Controlador de Empresas	21/10/2019	01/02/2019
DANIELE CELIA DUCA DE CARVALHO	228.401.384-02	Controlador de Empresas	20/10/2019	01/12/2019
ROSÁRIA SALETE DE MORAIS ALBUQUERQUE	088.719.284-09	Controlador de Empresas	17/04/2019	23/04/2019
ALVARO DE LIMA	222.444.964-02	Controlador de Empresas	18/04/2019	01/12/2019
ADRIANA CABRAL DE MELO SOUZA MORAIS	206.622.254-01	Controlador de Empresas	19/04/2019	01/12/2019
OSBERTO WELLES DOS SANTOS	174.744.914-08	Controlador de Empresas	07/11/2019	22/11/2019
SANDRA BERENICE FERREIRAS DE MORAES	488.722.534-01	Controlador de Empresas	04/10/2019	01/12/2019
LUISANE MORAES DA CUNHA RODRIGUES	488.704.444-02	Controlador de Empresas	20/10/2019	02/04/2019
LUISANE MORAES DA CUNHA RODRIGUES	488.704.444-02	Controlador de Empresas	17/04/2019	26/04/2019
LUISANE MORAES DA CUNHA RODRIGUES	488.704.444-02	Controlador de Empresas	21/10/2019	01/01/2019
GERSON DA SILVA PEREIRA	724.422.834-08	Controlador de Empresas	24/12/2019	01/12/2019
BENEDITO LUIZ D'AMORIM	157.182.854-08	Controlador de Empresas	01/11/2019	01/12/2019
JOSÉ FRANCISCO SILVA FREZ	422.188.424-00	Controlador de Empresas	01/11/2019	01/12/2019

Nome	CPF	Estado Civil	Telefone Fixo	Telefone Celular	E-mail	Função
Benedito Luiz D'Amorim	157.182.854.08	Solteiro	(71) 3111-1111	(71) 3111-1111	benedito.luz@tce.pe.gov.br	Assessor de Gabinete
Número do ato de Investidura/Nomeação	Data do ato de Investidura/Nomeação	Número do ato de Sonegação/Extinção	Data do ato de Sonegação/Extinção	Início Decisão	Fim Decisão	
000/2019	02/01/2019			01/01/2019	01/12/2019	
Legislação	Número de publicação	Complemento	Local	CEP	Nome do Município	
Estado de Pernambuco	223	411.323	Casa Forte	52061-000	Petrolândia	

Portanto, esse dado apontado pela equipe de auditoria como ausente da Prestação de Contas



de 2019 não trouxe qualquer prejuízo à fiscalização e não constou por mero erro material.

Por todo o exposto na fundamentação relativa ao primeiro achado de auditoria, restou demonstrado que a integralidade das informações e cópia dos instrumentos contratuais foram amplamente divulgados/publicados e mantidos à disposição do público, garantindo a transparência na gestão pública.

Punir o Controlador-Geral do Município nesse cenário parece absolutamente impensável sob a ótica da juridicidade.

Por extrema cautela, entende o Defendente ser importante consignar que as conclusões obtidas pela equipe de auditoria no tocante a ausência dos dados do titular do órgão, podem, no máximo, ser caracterizadas como mera irregularidade formal ou, que não configuram qualquer tipo de falta grave e que não geraram, sob nenhuma ótica, qualquer dano/prejuízo efetivo ao Erário Público. Não houve qualquer conduta irregular do Defendente ou de qualquer outro agente público que resultasse dano ao interesse público. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser contemplados.

Ainda dentro do mesmo achado de auditoria (2.1.1), o Relatório de Auditoria aponta nas páginas 21 e 22, dez contratos que foram enviados ao sistema SAGRES/LICON intempestivamente. Todavia, o que se observa, é que não houve, em nenhum momento, sonegação /obstrução às ações de fiscalização. O princípio da publicidade foi efetivamente cumprido. Não houve qualquer mácula à legalidade (juridicidade) que fosse capaz de prejudicar o exercício do controle externo e do controle social na fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial das unidades jurisdicionadas dessa Corte de Contas, tal como ocorreu no presente caso.

Reitera-se, por oportuno, que não houve em nenhum momento sonegação ou obstrução por parte da Administração. Eventual apresentação a destempo de documentação considerada



necessária por essa Corte de Contas, configura mera irregularidade formal, não podendo representar qualquer mácula à juridicidade de todo processo administrativo envolvido. A necessidade pública foi atendida dentro dos patamares de legalidade, não havendo qualquer prejuízo ao Erário.

V - DA AUSÊNCIA DE DOLO OU DANO AO ERÁRIO

Não obstante terem sido demonstradas e justificadas as legalidades das condutas, cumpre ainda reiterar que não houve qualquer afronta à legislação vigente por parte do ora Defendente, baseando-se as imputações em suposições de desobediências a formalidades, que não acarretaram quaisquer danos ao erário.

Tanto é assim que o Relatório de Auditoria não apontou a existência de dolo, e nem poderia fazê-lo, porque os atos foram embasados no melhor interesse público, com atenção para regularidade formal dos procedimentos necessários em observância da legalidade, além de não ter sido gerado dano para o erário.

Por fim, não demonstrado qualquer dano ao erário, o achado aqui impugnado consubstanciou, se muito, apenas falha de cunho meramente formal, razão por que deve ser considerado como vício sanável.

VI - CONCLUSÕES E REQUERIMENTOS FINAIS

Considerando que unidade da administração superior da CGM, tinha entre suas competências e atribuições exatamente acompanhar, de forma sistemática e permanente, a execução da regularidade jurídica, fiscal, econômico-financeira e administrativa dos órgãos e entidades da administração direta e indireta do Município, e mais, orientar e acompanhar as prestações de contas realizadas pelas Unidades Gestoras ao Tribunal de Contas do Estado;

Considerando que seria descabido exigir da autoridade máxima da CGM o acompanhamento direto sobre os atos praticados;



Considerando que está evidenciado que vem cumprindo com rigor a Controladoria-Geral do Município do Recife suas atribuições do controle interno, bem como o determinado na Resolução T.C. nº 001/2009;

Considerando que resta inquestionável o atendimento aos preceitos normativos e principiológicos atinentes à matéria;

Considerando que inexistente indício de atuação com dolo, culpa, má-fé ou erro grave, tampouco de prejuízo ao erário capaz de ensejar penalização e/ou aplicação de multa ao Defendente;

Considerando que não houve por parte da Secretaria de Educação do Recife qualquer tipo de sonegação/obstrução às ações de fiscalização, tampouco tentativa de obstrução ou sonegação de informações;

Isto posto, REQUER-SE que seja acolhida a presente DEFESA PRÉVIA em todos os seus termos, e, ao final, seja constatado que os procedimentos adotados na Administração Pública Municipal estão em estrita consonância com a legislação aplicável à espécie, sobretudo com a Constituição da República, sendo EXCLUÍDO o Achado 2.1.1 do Relatório de Auditoria em epígrafe, com a consequente QUITAÇÃO ao DEFENDENTE ANDRÉ JOSÉ FERREIRA NUNES de qualquer reprimenda à questão, retirando-se o ora Defendente do rol dos responsáveis pelas irregularidades, aplicando no que couber o disposto no artigo 132 do Regimento Interno dessa Corte de Contas.

De outro canto, a Sra. Edite Ulisses Sampaio, Gerente de Nutrição, trouxe aos autos, também, peça de bloqueio individual (doc. n.º 136), cuja transcrição segue abaixo:

II) DO ITEM 2.1.4. DO RELATÓRIO DE AUDITORIA

II.A) DAS PRELIMINARES



A.1) ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM POR IMPOSSIBILIDADE DE EXERCER A FUNÇÃO DE FISCAL DE TODO O CONTRATO DE GESTÃO

6. À defendente foi atribuída a responsabilidade por uma suposta ausência de controle sobre as metas e recursos repassados via contrato de gestão firmado com a CEASA/OS.

7. O Contrato de Gestão nº 394/2014 tem como objeto “a execução do Programa de Alimentação Escolar da Secretaria de Educação, bem como a implantação do Programa de Reestruturação Técnica e Operacional e Monitoramento do Abastecimento do material escolar, fardamento escolar e outros materiais e suprimentos visando atender os alunos da rede municipal de ensino do Recife, contemplando os serviços previstos no Termo de Referência”.

8. Portanto, o mencionado contrato possui duas principais atividades, uma relativa à execução do Programa de Alimentação Escolar, e outra relacionada ao sistema de logística da Secretaria de Educação.

9. A defendente foi nomeada para exercer o cargo em comissão de gerente de alimentação no âmbito da Gerência de Alimentação Escolar da Secretaria de Educação, conforme Portaria nº 2195, de 20 de fevereiro de 2019, tendo suas atribuições e responsabilidades vinculadas à área de alimentação escolar.

10. Ora, no exercício do cargo em comissão de gerente de alimentação não poderia a defendente exercer atos relacionados à área distinta, a exemplo de logística, porquanto suas atribuições restringem-se à área de alimentação escolar, sob pena de desvio de função.

11. Desse modo, resta demonstrada a impossibilidade de a defendente exercer a fiscalização do contrato de gestão em apreço no tocante à execução do programa de logística.

A.2) ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM POR NÃO EXERCER A FUNÇÃO DE FISCAL



DOS RESULTADOS ATINGIDOS COM A EXECUÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO

12. A Lei Municipal nº 17.875, de 10 de junho de 2013, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais no âmbito do Município do Recife, determinou que a fiscalização do contrato de gestão caberia ao Secretário Municipal conjuntamente com a Controladoria Municipal, in litteris:

Art. 11 A execução do contrato de gestão celebrado por Organização Social será fiscalizada pelo Secretário Municipal das áreas correspondentes conjuntamente com a Controladoria Municipal.

§ 1º O contrato de gestão deve prever a possibilidade de o Poder Público requerer a apresentação pela entidade qualificada, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, de relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro, assim como suas publicações no Diário Oficial do Município.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão serão analisados, periodicamente, por comissão de avaliação indicada pelo Secretário Municipal composta por profissionais de notória especialização, que emitirão relatório conclusivo, a ser encaminhado àquela autoridade e aos órgãos de controles interno e externo.

13. Na tarefa fiscalizatória do contrato de gestão, o Secretário Municipal contará com o auxílio de uma comissão de avaliação composta por profissionais de notória especialização, a quem cabe emitir relatório conclusivo, a ser encaminhado ao Secretário Municipal e aos órgãos de controle interno e externo, consoante dispõe o §2º do art. 11 da Lei Municipal nº 17.875, de 10 de junho de 2013.



14. Ora, a defendente não exercia a função de Secretário Municipal de Educação, nem fazia parte da comissão de avaliação designada para auxiliar o Secretário Municipal de Educação na atividade de fiscalização do Contrato de Gestão nº 390/2014 no que tange à avaliação dos resultados, e, por conseguinte, das metas, razão pela qual não deve ser atribuída a defendente qualquer responsabilidade pela insuficiência de controle sobre metas e recursos repassados por via do aludido contrato.

15. Frise-se, Excelência, a Lei Municipal nº 17.875, de 10 de junho de 2013, atribuiu a responsabilidade pela fiscalização do contrato de gestão ao Secretário Municipal conjuntamente com a Controladoria Geral do Município, que contará com uma comissão de avaliação composta por profissionais de notória especialização designada pelo Secretário Municipal, por força do disposto no art. 11, caput e §2º, do mencionado diploma legal.

16. A avaliação do cumprimento de metas e resultados do Contrato de Gestão nº 390/2014 é, portanto, atribuição do Secretário Municipal de Educação e da comissão de avaliação por ele designada, em conjunto com a Controladoria Geral do Município.

17. A complexidade do objeto de um contrato de gestão, que não se confunde com um mero contrato administrativo de execução de serviço, demanda conhecimentos especializados nas áreas objeto do contrato de gestão, haja vista que somente esses profissionais detêm o conhecimento para avaliar a execução das metas e resultados de uma avença com tamanha complexidade.

18. A Portaria nº 884, de 26 de abril de 2017, do Secretário de Educação, publicada no Diário Oficial do Município do Recife em 27 de abril de 2017, designou os membros da comissão de avaliação do Contrato de Gestão nº 390/2014, a quem cabe fiscalizar e avaliar as metas e resultados do mencionado contrato de gestão.



19. A defendente não integrava a comissão de avaliação do Contrato de Gestão nº 390/2014, nem detinha conhecimento sobre todas as áreas do mencionado contrato de gestão, faltando-lhe capacidade para exercer o múnus de fiscal das metas e resultados da mencionada avença.

20. A função de fiscal do Contrato de Gestão nº 390/2014 para a qual a defendente foi designada fica restrita ao monitoramento da execução dos serviços objeto do avença, mas não abrange a avaliação de resultados atingidos, o que perpassa pela avaliação do cumprimento das metas, atribuição que cabe, como dito alhures, ao Secretário de Educação com o auxílio da Comissão de Avaliação por ele designada, por força do disposto no §2º e caput, ambos do art. 11 da Lei Municipal nº 17.875, de 10 de junho de 2013.

21. Desse modo, o acolhimento da presente preliminar de ilegitimidade passiva ad causam é medida que se impõe.

II.B) DO MÉRITO

22. Às fls. 57/74 do aludido relatório, o respeitável auditor dessa Corte de Contas pugnou, a priori, por responsabilizar a Defendente por “falta de controle efetivo sobre as metas e recursos repassados via contrato de gestão”.

23. De pronto, é importante destacar que a natureza jurídica do contrato de gestão e o contexto do surgimento do contrato de gestão firmado com o CEASA/OS.

24. A partir da década de 1990, o Governo Federal implementou reformas com vistas à redefinição do seu papel e da sua participação no processo produtivo e no campo social. Esse processo foi realizado por intermédio de privatizações de empresas estatais e pela transferência de atribuições a entidades não estatais, como é o caso das Organizações Sociais, instituídas pela Lei nº 9.637/98, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn-MC nº 1.923/DF, rel.



Min. Ilmar Galvão, Informativo STF, nº 156, 5 ago. 1999.

25. Essa forma organizacional, criada pelo Programa Nacional de Desestatização – PND, buscou reduzir a participação do Estado na produção voltada para o mercado e melhorar a eficiência das atividades e serviços prestados pela Administração Pública.

26. Nesse contexto, surgiu a nova concepção de organização administrativa, com a ideia de “publicização”, por meio do qual serviços públicos de interesse social passariam a ser executados por entes não estatais, tais como associações ou consórcios de usuários, fundações e organizações não governamentais sem fins lucrativos, a serem qualificadas como Organizações Sociais – OS.

27. Assim, os serviços de utilidade pública, igualmente denominados de atividades não exclusivas do Estado, podem ser desestatizados, por meio da sua transferência a entidades qualificadas como Organizações Sociais (OS).

28. Nos termos da referida Lei nº 9.637/98, as OS são entidades privadas, sem fins lucrativos, qualificadas como OS pelo Poder Público, a fim de celebrar contrato de gestão, o repasse de recursos para a prestação de serviços públicos ou de utilidade pública e o correspondente exame das contas prestadas.

29. No âmbito municipal, coube à Lei nº 17.875, de 10 de junho de 2013, disciplinar a qualificação das entidades privadas como OS e o contrato de gestão, adotando-se, em boa parte, as diretrizes e exigências da Lei Federal nº 9.637/98.

30. Quanto ao cenário dos serviços de gestão de logística e de alimentação escolar da SEDUC, imperioso observar que a gestão do almoxarifado da Secretaria de Educação pelo CEASA-PE, através do Contrato de Gestão nº 390, atendeu ao princípio da eficiência, porquanto a Controladoria Geral do Município, através do Relatório CGM/GMAT nº 01/2013, identificou diversos problemas na gestão própria do almoxarifado da Secretária de Educação (ex.:



deficiência na infraestrutura dos galpões, desvio e perdas de materiais estocados, alto custo de armazenagem), tendo recomendado a terceirização da gestão do almoxarifado e constatado que o modelo de gestão do Estado de Pernambuco, através do CEASA-PE, mostrou-se eficiente (doc. em anexo).

31. O serviço de gestão da alimentação escolar também se encontrava deficiente e ineficaz, com reduzido quadro de profissionais e estrutura operacional precária para gerir, fiscalizar e monitorar o fornecimento de alimentação escolar, colimando a melhoria da qualidade das refeições ofertadas aos estudantes da rede pública municipal de ensino.

32. Nesse diapasão, o Município do Recife celebrou o Contrato de Gestão nº 390/2014 com o CEASA-PE/OS, após a qualificação da aludida entidade privada como organização social no âmbito da Prefeitura do Recife.

33. Ressalte-se que, apesar da *nomem iuris*, o contrato de gestão não tem a natureza de um contrato em sentido jurídico, consoante escólio do renomado jurista Egon Bockman Moreira, *in verbis*:

“não é o contrato em sentido jurídico, em razão das seguintes objeções: a relação instaurada não é sinalagmática (obrigações e prestações recíprocas); o vínculo que se origina do ajuste não seria comutativo, uma vez que os interesses visados são comuns a ambos os signatários; não albergam interesses patrimoniais quer contrapostos, quer próprios dos signatários, mas se dirigem a, mediante cooperação e aplicação de recursos (Estado) e trabalho (OS), atingir um fim compartilhado, que exclusivamente beneficie terceiros (a coletividade)”.

34. No mesmo sentido, a lição do festejado publicista Gustavo Justino de Oliveira², em obra monográfica sobre o tema, preconiza que o contrato de gestão é “acordo administrativo do qual participa a Administração Pública objetivando a consecução de fins comuns, distinguindo-se do contrato administrativo pelo fato de não haver contraposição de vontades e



sim uma originária cooperação ou concorrência de vontades direcionadas a um idêntico fim”.

35. Di Pietro comunga do mesmo entendimento doutrinário:

“Mesmo em se tratando de contrato de gestão entre entidades da Administração Indireta e o poder público, a natureza efetivamente contratual do ajuste pode ser contestada, tendo em vista que a existência de interesses contrapostos e contraditórios constitui uma das características presentes nos contratos em geral e ausente no contrato de gestão, pois é inconcebível que os interesses visados pela Administração direta e indireta sejam diversos. É incontestável que sua natureza se aproxima muito mais dos convênios do que dos contratos propriamente ditos”.

36. Pois bem.

37. A ilustre auditoria do TCE-PE destacou, em primeiro ponto em seu relatório, que em relação às metas e resultados alcançados, sendo quase a totalidade das metas atingidas 100%, não haveria nenhum documento que suporta a informação, apenas a declaração na prestação de contas, tendo constatado que “as metas são ajustadas para adequar a situação fática ocorrida”, de modo que “a meta pactuada se ajusta ao resultado alcançado pela CEASA”.

38. Nesse contexto, o ilustre auditor cita o exemplo de uma meta, pertencente ao eixo monitoramento e adequação do setor de nutrição e adequação do setor escolar, tal meta foi definida no plano de trabalho para o ano de 2019. Na sequência, o auditor destaca que o modo que a meta foi pactuada é inadequada, pois ficaram excluídas da análise nutricional as modalidades de educação especial e ensino de jovens e adultos (EJA).

39. No tocante ao ponto em referência, cabe esclarecer que à defendente não pode ser atribuída qualquer responsabilidade pela pactuação de metas no plano de trabalho que integra o Contrato de Gestão nº 390/2014, porquanto sua atribuição é de fiscalizar a execução do mencionado contrato, não tendo



qualquer ingerência sobre a celebração do contrato ou a pactuação de suas metas e objetivos que integram a avença.

40. Pelo contrário, a defendente, na condição de fiscal do contrato, assume as suas atribuições de monitoramento da execução dos serviços do contrato quando já pactuada a avença, inclusive quando já definidas e pactuadas as suas metas e objetivos.

41. Lado outro, cabe explicitar as contradições no ilustre relatório de auditoria do TCE-PE, quando assevera que “às metas e resultados alcançados, sendo quase a totalidade das metas atingidas 100%, sem nenhum documento que suporta a informação” e, na sequência, afirma que “constatou que as metas são ajustadas para adequar a situação fática ocorrida, de modo que a meta pactuada se ajusta ao resultado alcançado pela CEASA”.

42. A afirmação de que as metas são ajustadas para adequar a situação fática ocorrida é um contrassenso nos próprios termos da assertiva, porquanto as metas e objetivos são pactuados no plano de trabalho no momento da celebração do contrato ou de seu termo aditivo, portanto, antes da execução do contrato, quando não se sabe quais metas ou resultados serão alcançados.

43. Por outro lado, tomando-se por verdadeira a assertiva da ilustre auditoria do TCE-PE, ao mero sabor do argumento, se as metas e resultados foram pactuados para se adequar à situação fática ocorrida, não se pode asseverar, tal como o fez a ilustre auditoria, que não há comprovação documental do atingimento das metas e objetivo pactuados, pois, do contrário, como se poderia dizer que “a meta pactuada se ajusta à situação fática ocorrida” se não houve demonstração de que a situação fática descrita tivesse comprovadamente ocorrido!

44. Ademais, a assertiva de ausência de comprovação do atingimento das metas é desmentida posteriormente no próprio relatório de auditoria ao afirmar que “buscou-se a quantidade de alunos com avaliação nutricional relatados na prestação de contas quadrimestral



(docs. 82, 83, 84 e 85)", a demonstrar que há comprovação do atingimento das metas nos relatórios periódicos emitidos pela Gerência de Alimentação Escolar – GEAL.

45. Ainda no que tange ao cumprimento da meta 4 indicada no ilustre relatório de auditoria do TCE-PE, é imperioso discorrermos sobre o cenário e execução das atividades pactuadas no Contrato de Gestão nº 390/2014.

46. O referido contrato de gestão com a CEASA /O.S. possibilitou, a partir da execução do serviço prestado a partir de 2014, a implantação do monitoramento técnico do fornecimento da alimentação escolar nas unidades da Rede Municipal de Ensino do Recife.

47. Desde então foi possível a sistematização das visitas técnicas com nutricionistas nas unidades educacionais, que resultavam em relatórios e registros que auxiliavam na gestão dos contratos de fornecimento da alimentação escolar pela Gerência de Alimentação Escolar - GEAL, bem como na execução de atividades exigidas pelo PNAE - Programa Nacional de Alimentação Escolar.

48. Contudo, durante o período de execução do mencionado contrato, entre os anos de 2014 a 2019, foram realizadas melhorias técnicas nos planos de trabalho para otimizar os objetivos almejados.

49. A partir do Plano de Trabalho de 2017, houve melhorias significativas na gestão do contrato, para otimizar os resultados alcançados, conforme quadro abaixo:



MONITORAMENTO ALIM. ESCOLAR - PLANO DE TRABALHO (PT)		
VIGÊNCIA INICIAL (2014/2015)	VIGÊNCIA 2016-2017 (REVISÃO PT) **	VIGÊNCIA 2018-2019 (REVISÃO PT) **
TERMS CONTRATUAIS	TERMS CONTRATUAIS + EXTRA CONTRATUAIS	TERMS CONTRATUAIS + EXTRA CONTRATUAIS
MONITORAMENTO HIGIÊNICO-SANITÁRIO	MONITORAMENTO HIGIÊNICO-SANITÁRIO + MONITORAMENTO FORNECIMENTO ALIMENTAÇÃO ESCOLAR + DEMANDAS GGEAL**	MONITORAMENTO HIGIÊNICO-SANITÁRIO + MONITORAMENTO FORNECIMENTO ALIMENTAÇÃO ESCOLAR + INCLUSÃO DE CRECHES MUNICIPAIS + DEMANDAS GGEAL*
ACEITABILIDADE DOS CARDÁPIOS - MÉTODO ESCALA HEDÔNICA	PLANEJAMENTO DA ACEITABILIDADE DOS CARDÁPIOS MÉTODO ESCALA HEDÔNICA + MÉTODO RESTO-INGESTÃO + ACOMPANHAMENTO DA APLICAÇÃO DA ESCALA HEDÔNICA PELOS FORNECEDORES	PLANEJAMENTO DA ACEITABILIDADE DOS CARDÁPIOS MÉTODO ESCALA HEDÔNICA + MÉTODO RESTO-INGESTÃO + ACOMPANHAMENTO DA APLICAÇÃO DA ESCALA HEDÔNICA PELOS FORNECEDORES
DIAGNÓSTICO NUTRICIONAL DOS ESTUDANTES (MÍNIMO 2.000 alunos/mês)	DIAGNÓSTICO NUTRICIONAL (MÍNIMO 2.000 alunos/mês) + EDUCAÇÃO ALIMENTAR E NUTRICIONAL PARA OS ESTUDANTES DAS ESCOLAS (15 UNID/ MÊS)	DIAGNÓSTICO NUTRICIONAL (60% DO CENSO DOS ESTUDANTES MATRICULADOS EM ESCOLAS E INCLUSÃO DE CRECHES) + EDUCAÇÃO ALIMENTAR E NUTRICIONAL PARA OS ESTUDANTES DAS ESCOLAS E CRECHES (15 UNID/ MÊS)
MONITORAMENTO FORNECEDORES	MONITORAMENTO FORNECEDORES + ORIENTAÇÃO DE DESVIOS + REVISITAS (08 MENSAS)	MONITORAMENTO FORNECEDORES + ORIENTAÇÃO DE DESVIOS + REVISITAS (08 MENSAS)
ANÁLISE MICROBIOLÓGICA (18 MENSAS)	ANÁLISE MICROBIOLÓGICA (18 MENSAS) + DEFINIÇÃO REFEIÇÕES ANALISADAS POR TIPO UNIDADE	ANÁLISE MICROBIOLÓGICA (18 MENSAS) + DEFINIÇÃO REFEIÇÕES ANALISADAS POR TIPO UNIDADE
DISK MERENDA	TRATAMENTO DAS DEMANDAS OU RECLAMAÇÕES PELA EQUIPE DE NUTRICIONISTAS	TRATAMENTO DAS DEMANDAS OU RECLAMAÇÕES PELA EQUIPE DE NUTRICIONISTAS
** ACOMPANHAMENTO: PER CAPITA (PORCIONAMENTO DAS REFEIÇÕES), PRODUTIVIDADE MERENDEIRAS, VERIFICAÇÃO DA ACEITAÇÃO DAS REFEIÇÕES PELOS ESTUDANTES		
** Novo formato, nova redação de procedimentos, estabelecendo, metas, objetivos e submetas, a serem executadas através da equipe de profissionais e técnicos da CEASA, de forma mais ampla e específica. Foram alteradas as formas de apresentação dos indicadores de modo que seja alcançado os melhores resultados de desempenho.		

50. Quanto às melhorias previstas nos planos de trabalhos do período de 2018 a 2019, destacam-se a seguir as principais medidas: a) houve mudanças e alterações nas redações de alguns subitens, tornando o plano a ser executado com resultados mais objetivos; b) inclusão ao monitoramento/fiscalização das Creches do Município do Recife; c) foram inseridas o diagnóstico nutricional e educação alimentar e nutricional como metas específicas e indicadores, otimizando a amostra alcançada; d) novo formato, nova redação de procedimentos, estabelecendo, metas, objetivos e submetas, a serem executadas através da equipe de profissionais e técnicos da CEASA, de forma mais ampla e específica; e) foram alteradas as formas de apresentação dos indicadores de modo que sejam alcançados os melhores resultados de desempenho.

51. No tocante à meta de “diagnóstico nutricional dos estudantes” mencionada pela ilustre auditoria do TCE-PE, evidencia-se uma melhoria significativa na quantidade amostral em relação ao início da vigência do contrato de gestão em 2014, onde no plano de trabalho do período de 2014 a 2016, solicitava a realização de 2.000 avaliações/ano, e com as melhorias do plano de trabalho no período de 2018 a 2019 foram realizadas 23.196 avaliações, representando um acréscimo de 1.100% na amostra de estudantes. Além da inserção da avaliação dos estudantes das creches municipais a partir de 2018.



52. Com efeito, o que se observa é uma preocupação no aperfeiçoamento dos indicadores de resultado do contrato de gestão, mas não nunca a intenção de forjar a pactuação de metas a fim de que seu atingimento fosse concretamente obtido.

53. Esclareça-se também que a meta de diagnóstico nutricional específica citada pela ilustre auditoria do TCE-PE, submetas 4.1 e 4.2, que prevê a realização de avaliação do estado nutricional em 68% do CENSO dos estudantes matriculados em cada unidade escolar visitada, há a expressa ressalva de que, “caso a frequência escolar diária esteja inferior ao percentual censitário (68%), deve-se avaliar todos os alunos presentes no dia da visita”.

54. Portanto, seguindo fielmente ao que foi pactuado sobre as metas no plano de trabalho do contrato de gestão em comento, o relatório quadrimestral auditado indica que a meta pactuada de 68% do censo não foi atingida, mas que, conforme previsto no plano de trabalho, realizou-se a avaliação nutricional de todos os estudantes presentes no dia da visita técnica, o que demonstra que a meta pactuada foi observada no tocante à avaliação de todos os alunos presentes.

55. Destacamos que o fato de ocorrer, em um determinado mês, uma frequência abaixo do mínimo censitário pactuado, não revela descumprimento da meta estabelecida, porquanto houve a avaliação de todos os estudantes presentes no dia da visita, conforme pactuado, bem como que, conforme ressaltado no próprio relatório de auditoria do TCE-PE (fl. 62), as visitas para avaliação nutricional serão realizadas em outros meses do ano a fim de obter retrato mais fiel de estado nutricional de todos os estudantes nas unidades educacionais da rede municipal de ensino do Recife.

56. Assim, ao indicar que meta 4 foi atingida quis revelar que, embora o percentual de 68% de todos os estudantes matriculados, conforme censo escolar, não foi atingido, realizou-se a meta integralmente com a avaliação nutricional de todos os estudantes presentes no dia da visita



técnica, o que também é indicativo do atingimento da meta, conforme demonstrado alhures.

57. Quanto ao suposto equívoco no relatório quadrimestral da Secretaria de Educação consistente na apresentação das metas, que, “apesar de constar diversas vezes como resultado alcançado “zero”, a meta foi atingida em sua integridade”, não merece prosperar a argumentação do ilustre auditoria do TCE-PE.

58. O quadro transcrito no relatório de auditoria do TCE-PE (fl. 63) é extraído do relatório do primeiro quadrimestre do ano 2019, onde se indica a meta proposta, o resultado alcançado e seu respectivo percentual.

59. A ilustre auditoria do TCE-PE incorreu em evidente equívoco ao asseverar que a meta proposta não foi cumprida, pois o resultado alcançado foi “zero”.

60. Para elucidar o ponto em apreço, vamos transcrever o quadro abaixo mencionado pela ilustre auditoria em seu relatório.

REESTRUTURAÇÃO TÉCNICA E OPERACIONAL E MONITORAMENTO DE ABASTECIMENTO DE MATERIAL ESCOLAR - PCR 2019 - 1º QUAD. 19						
META	AÇÕES	UND. META	META PROPOSTA	RESULTADO ALCANÇADO	%	
1. Realizar a aquisição de materiais necessários para o desenvolvimento das atividades pedagógicas e administrativas, em conformidade com o plano de trabalho, em quantidade, qualidade e prazo estabelecidos.	Para cada distribuição de livros foram realizadas para o atendimento pelo fornecedor nos meses de 11 vezes a ordem de fornecimento no processo de recebimento. Para as entregas realizadas com pendências foram encaminhadas para o fornecedor de acordo com o prazo estabelecido no contrato.	UND.	80	80	100,0%	
	Foram realizadas aquisições das compras das quantidades necessárias no recebimento das notas fiscais, em 11 de janeiro e 1 dia e o envio de formulário de processo de recebimento. Para as entregas realizadas com pendências foram encaminhadas para o fornecedor de acordo com o prazo estabelecido no contrato.	UND.	120	120	100,0%	
	Foram realizadas aquisições das compras das quantidades necessárias no recebimento das notas fiscais, em 11 de janeiro e 1 dia e o envio de formulário de processo de recebimento. Para as entregas realizadas com pendências foram encaminhadas para o fornecedor de acordo com o prazo estabelecido no contrato.	UND.	3	3	100,0%	
2. Realizar a entrega de livros, materiais e outros materiais necessários para o processo.	Para cada distribuição de livros em relação de 14 vezes a ordem de fornecimento de acordo com o prazo estabelecido no contrato. Para as entregas realizadas com pendências foram encaminhadas para o fornecedor de acordo com o prazo estabelecido no contrato.	UND.	1.000.000	1.000.000	100,0%	
	Foram realizadas aquisições das compras das quantidades necessárias no recebimento das notas fiscais, em 11 de janeiro e 1 dia e o envio de formulário de processo de recebimento. Para as entregas realizadas com pendências foram encaminhadas para o fornecedor de acordo com o prazo estabelecido no contrato.	UND.	1	1	100,0%	
3. Realizar a entrega de livros, materiais e outros materiais necessários para o processo.	Foram realizadas aquisições das compras das quantidades necessárias no recebimento das notas fiscais, em 11 de janeiro e 1 dia e o envio de formulário de processo de recebimento. Para as entregas realizadas com pendências foram encaminhadas para o fornecedor de acordo com o prazo estabelecido no contrato.	UND.	3.000	3.000	100,0%	
	Foram realizadas aquisições das compras das quantidades necessárias no recebimento das notas fiscais, em 11 de janeiro e 1 dia e o envio de formulário de processo de recebimento. Para as entregas realizadas com pendências foram encaminhadas para o fornecedor de acordo com o prazo estabelecido no contrato.	UND.	3.000	3.000	100,0%	
4. Realizar a entrega de livros, materiais e outros materiais necessários para o processo.	Foram realizadas aquisições das compras das quantidades necessárias no recebimento das notas fiscais, em 11 de janeiro e 1 dia e o envio de formulário de processo de recebimento. Para as entregas realizadas com pendências foram encaminhadas para o fornecedor de acordo com o prazo estabelecido no contrato.	UND.	100	100	100,0%	
	Foram realizadas aquisições das compras das quantidades necessárias no recebimento das notas fiscais, em 11 de janeiro e 1 dia e o envio de formulário de processo de recebimento. Para as entregas realizadas com pendências foram encaminhadas para o fornecedor de acordo com o prazo estabelecido no contrato.	UND.	3	3	100,0%	

61. A meta I, “compras realizadas, o que foi comprado, quando foi comprado, de quem foi comprado, quantidades adquiridas e valor das aquisições, o que foi recebido e o que falta receber”, possui 3 ações previstas, sendo que o destaque da ilustre auditoria do TCE-PE foi para a ação relativa a “notificação em relação a problemas no processos de recebimento, considerados procedentes pela contratante (após resposta da contratada) não superior a 2% do total de recebimentos do período”. Nessa ação, a meta proposta foi pactuada em até 3 notificações indicativas de problemas no processo de



recebimento, consideradas procedentes pela contratante (Secretaria de Educação - SEDUC), sendo que o resultado alcançado revelou que não ocorreu nenhuma notificação por problemas no processo de recebimento considerada procedente pela SEDUC, o que demonstra o total atendimento da meta proposta no tocante à aludida ação, razão pela qual inexistiu o equívoco apontado pela ilustre auditoria do TCE-PE.

62. Outro exemplo, a meta II prevê duas ações, tendo a ilustre auditoria destacado haver equívoco quanto ao resultado alcançado na ação “notificação em relação a divergência de estoque, considerada procedentes pela contratante (após resposta da contratada) não ser superior a 2% do total de itens armazenados do produto”. Nessa meta, a ação proposta foi pactuada em 1 notificação de divergência de estoque e o alcançado foi zero, ou seja, a meta foi atingida, uma vez que não houve nenhuma notificação em relação a divergência de estoque que fosse considerada procedente pela contratante (SEDUC), demonstrando que o registro de estoque, entrada e saída de mercadorias no almoxarifado está sendo realizado a contento.

63. Não há que se falar em meta não cumprida, nem muito menos em equívoco ao expor no relatório quadrimestral apresentado pela GEAL que a meta foi integralmente cumprida, porquanto o que ocorreu foi um equívoco de interpretação por parte da ilustre auditoria do TCEPE quanto às informações constantes do mencionado relatório da SEDUC.

64. As metas pactuadas indicam que problemas nos registros de estoques podem ocorrer, sendo tolerados até um certo quantitativo previsto, de modo que o atingimento da meta se dá quando não ultrapassado aquele limite pactuado, sendo certo que ao indicar como resultado alcançado “zero” está revelando que não houve qualquer problema no registro dos estoques, razão pela qual a meta foi alcançada em seu percentual máximo, tal como indicado no relatório apresentado pela GEAL/SEDUC.

65. No que tange aos comentários sobre o “relatório de acompanhamento interno do



contrato de gestão”, cabe destacar que a comissão de avaliação, nomeada pelo Secretário de Educação, é o órgão competente para promover o monitoramento das metas e resultados do contrato de gestão, de modo que a defendente não possui qualquer responsabilidade pelos atos e omissões da mencionada comissão de avaliação.

66. Por fim, a defendente destaca que, na condição de fiscal designada para contrato de gestão em apreço, promoveu o monitoramento dos serviços executados pelo CEASA/OS., tendo realizado o acompanhamento sistemático do controle de qualidade da alimentação escolar, teste de aceitabilidade dos cardápios, das condições sanitárias da dieta ofertada, diagnóstico nutricional dos estudantes e da educação alimentar e nutricional, em conformidade com o plano de trabalho e a legislação que rege a matéria, tudo conforme relatórios periódicos de monitoramento da alimentação escolar já acostados ao presente processo, não havendo que se falar em descumprimento de suas obrigações de fiscalização.

II.C) DA CONDUTA DA DEFENDENTE À LUZ DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.655/2018 E PELO DECRETO Nº 9.830/2019.

67. Com o advento da Lei Federal nº 13.655 de 25 de abril de 2018, a qual incluiu, dentre outros, novos artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376/2010), contata-se pelo cotejo entre a norma e o suposto ato administrativo irregular que a conduta da Defendente está em consonância aos preceitos basilares insculpidos na norma referida, sobretudo no que diz respeito às circunstâncias que levaram o gestor público à tomada de suas decisões, vejamos:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.



§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (...);

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

68. Recentemente, o Decreto Federal nº 9.830 de 10 de junho de 2019, veio a regulamentar, vejamos:

CAPÍTULO IV

DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica



responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exige o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

69. Como pode ser observado, tanto na Lei Federal nº 13.655/2018, como no Decreto Federal nº 9.830/2019, sempre na interpretação das normas sobre gestão pública, devem ser considerados a realidade e os obstáculos enfrentados pelos gestores, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

70. Assim, toda e qualquer análise de conduta da Defendente, necessariamente, deve levar em consideração todas as circunstâncias que contribuíram para a atuação e no limite de suas responsabilidades, restando claro que ao agente público "...somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções" (Art.12 do Decreto nº 9.830/2019).

71. O novo texto da LINDB enfatiza e determina que nas normas de gestão pública devem ser



levadas em consideração todos os aspectos e elementos que contribuíram para a atuação administrativa do agente público, visando redução das interpretações formalistas, como se pode observar no caso dos autos, assim, além dos requisitos legais devem ser observados as reais circunstâncias que influenciaram na conduta do agente, no caso sub examine, a Defendente cuidou de praticar os atos administrativos de sua competência em estrito cumprimento dos pressupostos legais e as circunstância que se apresentavam no momento de suas tomadas de decisões.

72. Desta feita, tendo em vista que não se constata quaisquer condutas dolosas e ilegais nem ao menos erro, evidencia-se sem maiores dificuldades que a Defendente agiu levando em considerações as "...circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente" (art. 22 da LINDB).

73. Nesse aspecto esse Tribunal já vem lançando nas suas decisões os preceitos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como podemos verificar do julgamento ocorrido no último mês de janeiro de 2019, constata-se que jurisprudência abraça os ditames esculpidos pela Lei Federal nº 13.655/2018, vejamos:

ESTADO DE PERNAMBUCO TRIBUNAL DE CONTAS PROCESSO TCE-PE Nº 1820642-6 - SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 22/01/2019 - MEDIDA CAUTELAR UNIDADE GESTORA: PREFEITURA MUNICIPAL DE FLORES INTERESSADOS: MARCONI MARTINS SANTANA, JOSÉ RIVALDO RODRIGUES, LUÍS GALLINDO ADVOGADOS ASSOCIADOS ADVOGADOS: Drs. LUÍS ALBERTO GALLINDO MARTINS - OAB/PE Nº 20.189 RELATORA: CONSELHEIRA TERESA DUERE ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA (...);

CONSIDERANDO que essa dialética é salutar, até mesmo obrigatória agora por força da Lei nº 13.655/2018, que inclui no Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito



público. Em seu art. 20, a citada lei exige que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, inclusive que a motivação demonstre a necessidade e a adequação da medida, face das possíveis alternativas; (...);

CONSIDERANDO que é salutar que, nessa travessia, não haja solução de continuidade dos serviços, prudência que vem em sintonia com o disposto no art. 21 da Lei nº 13.655/2018, que inclui no Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, ao estabelecer que a decisão “deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas”, “quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais”; (...);

Voto pelo ARQUIVAMENTO do presente processo de Medida Cautelar, por perda de objeto, uma vez que a Medida Cautelar expedida inicialmente perdeu seus efeitos quando não submetida à apreciação da Câmara competente até a terceira sessão posterior à sua expedição; e que, por prudência, opta-se por sua não renovação, nesse momento.

74. Não há nos autos, repita-se, ato praticado de forma dolosa ou erro grosseiro, pois, “o mero nexos de causalidade entre a conduta e o resultado”, como evidenciado, “não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público” (§3º do Art. 12 do Decreto nº 9.830/2019), o que definitivamente não restou caracterizado, inclusive inexistente qualquer apontamento da ilustre auditoria no relatório preliminar quanto à ocorrência de dolo ou erro grosseiro.

75. Assim, restou claro que não há qualquer ato praticado ou omissão pela Defendente que possa ser passível de reprimenda ou sanção, nem tão pouco multa poderá ser aplicada, o que leva a um único resultado, o acolhimento in totum das razões acima defendidas, e ato contínuo, seja julgado o presente processo de Prestação de Contas REGULAR, o que desde já se requer.



Por seu turno, a empresa RC Nutry Alimentação LTDA, através de seu representante legal, Sr. José Carlos Geraldo, apresentou contradita nos autos (doc. n.º 118 dos autos eletrônicos), *verbis*:

III. DA FACULDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA SOLICITAR GARANTIA CONTRATUAL E DA NÃO EXIGÊNCIA NO CASO EM TELA

A garantia contratual tem por finalidade assegurar indenização ao ente contratante no caso de prejuízos causados pelo inadimplemento do particular contratado, incluindo, ainda, valores devidos em razão da aplicação de multas e do não cumprimento de outras obrigações previstas em legislação específica, conforme o caso.

Diogenes Gasparini define a garantia como “toda reserva de bem ou de responsabilidade pessoal com vistas a assegurar a execução do contrato e, conforme o caso, utilizável pelo Poder Público contratante para ressarcir-se de prejuízos causados pelo contratado ou pagar-se de multa que lhe fora aplicada e não satisfeita.” (GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 711.)

A respeito, dispõe a Lei nº 8.666/93:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)

II - seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)



III - fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3o deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

A exigência de garantia contratual se constitui, em verdade, numa FACULDADE A SER EXERCIDA PELO ENTE CONTRATANTE, que deve analisar, em cada caso, os riscos que o objeto do contrato pode trazer à Entidade e à coletividade.

Ou seja, a rigor, a exigência de garantia contratual está estritamente ligada à complexidade do objeto e aos potenciais riscos oriundos da execução do contrato.

É como sinaliza o Tribunal de Contas da União:

“É facultado à Administração exigir prestação de garantia nas contratações de bens, obras e serviços, de modo a assegurar plena execução do contrato e a evitar prejuízos ao patrimônio público. Antes de estabelecer no edital exigência de garantia, deve a Administração, diante da complexidade do objeto, avaliar se realmente é necessária ou se servirá apenas para encarecer o objeto.”

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 738. (grifou-se)

Destarte, ainda na fase interna da licitação, deve o ente licitante decidir motivadamente, frente às peculiaridades do objeto a ser contratado, sobre a necessidade e pertinência de se exigir a garantia do contrato.

O Ente licitante não está obrigado em nenhum momento em solicitar garantia contratual.



NÃO EXISTE UMA REGRA OU UMA SITUAÇÃO OBRIGATÓRIA DE EXIGÊNCIA DA GARANTIA CONTRATUAL, pois a sua adoção varia conforme a complexidade do objeto e, principalmente, os riscos envolvidos, o que deve ser avaliado (e justificado) caso a caso.

Decidindo de modo positivo por sua exigência, cabe à Administração disciplinar adequadamente a matéria no instrumento convocatório, sendo fundamental a prévia determinação do percentual a ser exigido para tal fim (que deve ser fixado em patamar compatível com o vulto e os riscos envolvidos na contratação), o período a ser abrangido pela garantia e as condições de sua atualização e devolução.

Veja Nobre Conselheiro que a única vedação legal é a exigência de garantia sem previsão no instrumento convocatório seja ele edital ou termo de referência, como no caso em tela.

Todavia, não há na legislação nenhum óbice a não exigência da garantia pela Administração Pública mesmo após a previsão no termo convocatório, tendo em vista que sua faculdade na exigência é inerente ao Poder discricionário do Ente, que apesar de incluir a previsão no instrumento, posteriormente entendeu pela desnecessidade de sua exigência.

Deve-se lembrar, ademais, que a exigência de garantia é decisão de MÉRITO DISCRICIONÁRIO e, como já comentado, o Administrador deve optar dentro dos limites legais por aquela opção que melhor atenda ao interesse público.

Sobre discricionariedade, Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento,



dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 48.)

Destaca-se, com isso, que a exigência de garantia deve ser feita com vistas a minimizar seus efeitos quanto à restrição do número de interessados na contratação.

Por conta disso, a Administração, tendo conhecimento das práticas de mercado, no que se refere à concessão de fiança bancária e seguro-garantia mediante apresentação do contrato assinado, deve buscar compatibilizar tal realidade com a forma que se dará a exigência das garantias.

A interpretação atribuída à norma deve ser aquela que compatibilize a persecução do interesse público, representado no aumento do número de licitantes e, conseqüentemente, no aumento da competitividade (art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93), com o resguardo do direito dos licitantes em optar pela apresentação da garantia que melhor lhes aprouver, sem que, ao final disso, se verifique prejuízo à segurança da execução do contrato.

Em que pese a previsão no Termo de Referência e no Contrato Administrativo que em 10 (dez) dias após assinatura do contrato o Licitante deveria apresentar comprovante de garantia contratual, ultrapassado este tempo sem que o Ente tenha solicitado ou exigido a apresentação da Garantia, resta demonstrado seu entendimento pela não necessidade no contrato objeto da lide.

A Auditoria em seu relatório, data máxima venia, usurpa competência discricionária do Poder Executivo, pois descreve todo histórico das contratações feitas com outras Empresas para distribuição de merenda escolar na tentativa de justificar que a garantia deveria ter sido exigida em razão do “o objeto contratado envolve grande risco de inadimplemento contratual.”



Ora Nobre Conselheiro, não compete a este E. Tribunal de Contas a análise dos riscos da contratação pública, cabendo apenas a análise das contas, posteriormente.

A análise do grau de risco para o Ente é feita pelo órgão competente do Ente contratante, que no caso em tela por um lapso manteve a cláusula de garantia, mas não exigiu em razão do grau minimizado de risco de prejuízos ao erário.

A avaliação jamais poderia levar em conta as antigas contratadas, haja vista não terem nenhuma ligação com a Defendente, que demonstrou sua capacidade técnica e idoneidade, possuindo ainda esses certificados vigentes (conforme documentos anexos), que trouxe segurança a Secretaria Municipal de Educação a não exigir a garantia ao contrato.

Além do mais, como pode ser verificado no Relatório da Auditoria a Defendente não sofreu nenhuma sanção durante a vigência contratual, nem sequer alguma advertência, prestando um serviço de qualidade e dentro dos ditames legais, jogando por terra qualquer dúvida sobre supostos riscos e danos que poderia causar.

Destarte, diante da discricionariedade do Ente Público na exigência ou não da garantia e da execução integral da Defendente do contrato sem sofrer qualquer tipo de penalidade, não merece prosperar a irregularidades e a imputação do valor de R\$ 99.422,29 (noventa e nove mil quatrocentos e vinte e dois reais e vinte e nove centavos) em desfavor da Defendente, devendo o presente processo ser extinto em relação a Empresa RC NUTRY ALIMNETAÇÃO LTDA.

IV. DA NÃO OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO

Imperioso reiterar que o fato esposado na Auditoria trata-se de uma simples irregularidade formal, que aliás, é passível de nulidade somente quando lesiva ao erário público, na forma em que dispõe a Lei nº 4.717/65 que regula a Ação Popular:



Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...)

b) vício de forma;

Ou seja, a nulidade do ato além de prescindir de dano ao erário público, deve ser insuscetível de convalidação, e ser mais vantajoso ao interesse público a nulidade do que a sua manutenção, o que não é o caso.

Afinal, estamos diante de um ato que tem por objetivo resguardar o erário no caso de prejuízos causados pelo inadimplemento do particular contratado, incluindo, ainda, valores devidos em razão da aplicação de multas e do não cumprimento de outras obrigações previstas em legislação específica, conforme o caso.

Contudo, quando não há qualquer penalidade cometida ou sanção sofrida pela Empresa Contratada na vigência contratual a garantia será devolvida a Contratada., conforme previsão do artigo 56, §4º da Lei 8.666/93:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. (...)

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

As atividades relacionadas no processo não conferem qualquer traço sobre algum prejuízo ao erário público! Pelo contrário, traz apenas o levantamento de questões formais, sem a existência de prejuízo aos cofres públicos.

Apesar da não exigência e não oferecimento da garantia pela Defendente os serviços foram prestados sem qualquer penalidade ou sanção, executando integralmente o contrato, o que afasta qualquer hipótese de dano ao erário, pois



caso tivesse sido garantido o contrato a garantia teria sido devolvida a Defendente, em razão da execução integral do contrato.

A única evidência concreta que temos no processo é que o serviço foi integralmente cumprido! Justificando o seu pagamento.

Ou seja, pela exordial fica claro que os serviços foram rigorosamente prestados e apenas supõe que existiriam irregularidades formais no processo.

O Relatório da Auditoria apontou que o dano ao erário causado pela Defendente consiste na suposta inclusão do valor da garantia na formação dos preços ofertados pela Defendente, tendo supostamente recebido por uma garantia que não ofereceu.

Primeiro, não há provas nos autos que confirmam que a Defendente teria embutido no preço do serviço percentuais referentes a garantia, baseando-se a Auditoria apenas na informação contida na proposta da Empresa P.R.M Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI que declarou a sua agregação ao preço final do serviço ofertado, que foi de 2%.

Ora Nobre Conselheiro, não poderia a Auditoria ter aplicado por analogia o percentual informado pela P.R.M pois não se sabe se a garantia seria do mesmo tipo, os contratos têm objetos e valores diferentes e ainda não foi comprovado contábil e matematicamente que a Defendente agregou ao seu preço valores referentes ao oferecimento de garantia, o que por si só afasta o suposto enriquecimento ilícito e dano ao erário.

Conforme já demonstrado alhures a finalidade da garantia contratual no contrato administrativo é proteger o Ente Público e a coletividade de eventual inexecução contratual e danos ao erário, como por exemplo: garantir o recebimento de multas e sanções pelo não cumprimento obrigações legais e contratuais e, caso a contratada não tenha cometido penalidades e não sofridos sanções durante o contrato a garantia será liberada ou devolvida.



Assim, a Defendente não sofreu nenhuma sanção decorrente de falha na execução do contrato durante sua vigência, o que foi confirmado no Relatório da Auditoria, o que demonstra que a Defendente não incorreu em nenhum dano causado aos cofres públicos.

Mesmo que tivesse sido provado pela Auditoria que a Defendente teria embutido no preço dos seus serviços o percentual despendido com o oferecimento da garantia, como houve execução integral do contrato, teria sido devolvido a Defendente, ou seja, o seu não oferecimento não acarreta nenhum prejuízo ou enriquecimento sem causa, pois a Defendente não sofreu penalidade ou sanção na vigência contratual.

Corroborando com o entendimento retro:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CONTRATO ADMINISTRATIVO - GARANTIA CONTRATUAL - CARTA FIANÇA - DEMORA NA APRESENTAÇÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO - IMPOSIÇÃO DE MULTA - ILEGALIDADE - RECURSO DESPROVIDO A garantia contratual prevista no art. 56, caput, da Lei 8.666/1993 visa assegurar a efetiva e integral execução do objeto contratado, resguardando a administração pública em relação a prejuízos ou danos causados quando da execução dos contratos administrativos. Não há razoabilidade no ato da administração que penaliza o particular pela demora na apresentação de garantia contratual/carta fiança, quando não descumprida a obrigação de correta e integral execução contratual e nem evidenciado efetivo dano/lesão à administração, reputando-se ilegal a imposição de multa à contratada sob tal fundamento.

(TJ-MG - AC: 10000191245414001 MG, Relator: Geraldo Augusto, Data de Julgamento: 08/03/0020, Data de Publicação: 16/03/2020)

AUDITORIA DE CONFORMIDADE. OBRAS DE AMPLIAÇÃO E REFORÇO NA SUBESTAÇÃO DE FOZ DO IGUAÇU/PR. ACHADOS DE AUDITORIA: 1) FALHAS NO ORÇAMENTO-BASE DA LICITAÇÃO, COM SUPERESTIMATIVAS DOS PREÇOS DE



EQUIPAMENTOS; 2) ADIANTAMENTO DE PAGAMENTO SEM A APRESENTAÇÃO DAS GARANTIAS CONTRATUAIS. INOCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MITIGAÇÃO DOS RISCOS DECORRENTES DO REFERIDO ADIANTAMENTO DE PAGAMENTO EM RAZÃO DA ENTREGA EFETIVA DOS EQUIPAMENTOS. CIÊNCIA DAS FALHAS INCORRIDAS À ENTIDADE JURISDICIONADA. ARQUIVAMENTO.

(TCU - RA: 00802320190, Relator: MARCOS BEMQUERER, Data de Julgamento: 04/09/2019, Plenário)

Importante frisar que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que deve ser comprovada a presença de dolo ou culpa nas pretensões de ressarcimento ao erário insertas nas irregularidades supostamente cometidas contra o Poder Pública.

Ademais, para o enquadramento de condutas no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, que trata das hipóteses de danos ao erário, a demonstração do dano deve ser concreta, ou seja, não se admite alegações de danos hipotéticos (genéricos) ou presumidos, conforme expõe a doutrina especializada:

A conduta ímproba, portanto, não é formada simplesmente pelo dano ao erário, mas pela forma com que esse dano ocorre. Porém, devemos observar que o dano que enseja aplicação do art. 10 precisa conter alguns requisitos. Ele precisa ser atual e certo. Ser atual é estar presente no momento em que a tutela jurisdicional for acionada. Ser certo é resultar de fato preciso, e não corresponder a uma mera hipótese de dano. Logo, o dano chamado de presumido ou hipotético não tem o condão de legitimar a aplicação do artigo 10 da LIA. A lesão nele prevista, conseqüentemente, o dano gerado, necessita ser efetivo. (...)

A lesão ao erário que tutela o art. 10 é o dano material efetivo. Em outras palavras, o dano



presumido ou o dano moral não podem ser qualificados como lesão ao patrimônio público para fins de sua aplicação.

Lembre-se que NÃO HÁ DANO PRESUMIDO, inexistindo nos autos quaisquer elementos probatórios idôneos que atestem (i.) a prática de ato ilícito pela Defendente, carreado por culpa ou dolo, e (ii.) a ocorrência de danos ao erário providas de não oferecimento de garantia.

A única forma da Defendente ser condenada ao ressarcimento ao erário ou enriquecimento ilícito seria se ela estivesse se negado a oferecer garantia contratual quando solicitada, todavia, a Secretaria Municipal de Educação de Recife sequer oficiou a Defendente para apresentar a garantia contratual.

E para que ficasse caracterizado o dano ao erário a Defendente deveria ter causado algum ato que demonstrasse a inexecução contratual ou prejuízos a distribuição das merendas aos alunos, o que não ocorreu.

O enriquecimento ilícito só teria fundamento se penalizada e multada a Defendente, não tivesse a garantia para cobrir tal penalidade, configurando-se assim então enriquecimento ilícito e dano ao patrimônio público.

Contudo, no caso me testilha resta comprovado nos autos que houve a TOTAL E INTEGRAL EXCEUÇÃO DO CONTRATO PELA DEFENDENTE.

Portanto, considerando a ausência de dano ao erário público, não há qualquer irregularidade ou ato ilícito cometido pela Defendente, devendo ser revisto o presente processo.

Ou seja, ainda que eventualmente subsista alguma irregularidade formal, como o não oferecimento da garantia contratual, esta não invalida o procedimento, pois o houve execução integral do contrato, nem tampouco torna o desonesto ou desleal, POIS AUSENTE QUALQUER BENEFÍCIO INDEVIDO OU DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO.



Destarte, não assiste razão a Equipe de Auditoria ao propor a imputação a Defendente de ressarcimento de dano ao erário, devendo ser a fastada qualquer tipo de penalidade proposta junto à esta egrégia Corte a Defendente, para que possa continuar sua vida empresarial sem as sanções que a prejudicarão sobremaneira, tendo em vista que não ocasionou nenhum dano ao erário público.

V. DA INDEVIDA PRETENSÃO DE PENALIDADE IMPOSTA À DEFENDENTE

O item que a ora Defendente se defende supostamente configura inadimplemento contratual por falta de obediência nos termos do contrato em tela, em sua Cláusula Sexta -

CLÁUSULA SEXTA - No ato da assinatura do contrato, bem como na hipótese de prorrogação do mesmo, a CONTRATADA deverá apresentar ao CONTRATANTE comprovante de garantia de execução contratual no valor de 5% (cinco por cento) do valor do contrato), em qualquer das modalidades previstas no §1º do artigo 56 da Lei nº 8.666/93, com prazo de validade, no mínimo, igual ao prazo de vigência do contrato acrescido de 30 (trinta) dias e atendendo às seguintes condições: [...].

7.1.2.2 De 10% (dez por cento) sobre o valor mensal faturado do contrato, por unidade de saúde, no caso de inexecução parcial de qualquer obrigação.”

Já em relação ao artigo arts. 55, inciso VI, 56 e 66 da Lei 8.666/1993, que também é fundamento legal para justificação da Notificação recebida, esta é clara ao afirmar que:

De uma simples leitura deste artigo, nota-se que o requisito para ocorrência da penalidade é a INEXECUÇÃO total ou parcial do contrato, sendo certo que isso não ocorreu.

O objeto contratual em nenhum momento fora descumprido, de forma que torne razoável uma penalidade tão grave.



É natural que contratempos ocorram na prestação de serviços em todos os tipos de contratos, mas é evidente que isso não pode influenciar na finalidade e na função social destes.

A finalidade do contrato foi cumprida, as refeições e os cardápios foram entregues de maneira efetiva, sem qualquer tipo de punição ou penalidade imposta a Defendente.

Se alguma eventualidade existiu, como o não oferecimento da garantia contratual foi porque não foi exigida a Defendente ou mesmo por erro grosseiro.

Mas levando em consideração a discricionariedade do Ente Público na exigência ou não de garantia, mesmo tendo previsão no contrato, como a Defendente não foi em nenhum momento acionada pelo Ente Contratante, entendeu por sua não exigibilidade, deixando de ofertar algum tipo de garantia.

Todavia, apesar do mero erro formal, a Defendente, repisa-se, executou e encerrou a execução contratual sem causar qualquer prejuízo do Administração Pública e sem sofrer nenhum tipo de sanção, o que inviabiliza a constatação de irregularidade da sua parte na execução contratual e a imputação de dano ao erário.

Não houve, portanto, inexecução parcial de qualquer obrigação da ora Defendente, que conforme o próprio Relatório da Auditoria cumpriu integralmente o contrato.

Sendo assim, não merece prosperar as pretensões punitivas deduzidas no Relatório da Auditoria, devendo ser aprovadas as contas no que se refere ao Contrato nº 1401.0002/2019, haja vista o seu integral cumprimento pela Defendente.

VI. DA AUSÊNCIA DE PROVAS

Ao analisar minuciosamente a instrução do processo, verifica-se que as investigações foram



concebidas unicamente em razão da falta de exigência de garantia pelo Ente Público e falta de oferecimento pela Defendente com a imposição de ressarcimento de suposto dano ao erário sem qualquer evidência concreta.

Fato é que de forma rasa e sem embasamento a Auditoria costurou “irregularidades” supostamente cometidas pela Defendente e apresentou o Relatório DESPROVIDO DE PROVAS CABAIS A DEMONSTRAR AS IRREGULARIDADES E O DANO AO ERÁRIO PÚBLICO, consubstanciadas unicamente em indícios e analogias sem qualquer fundamento ou prova.

O Relatório aponta suposto dano ao Erário causado pela Defendente no importe de R\$ 99.422,29 (noventa e nove mil quatrocentos e vinte e dois reais e vinte e nove centavos), com base na tabela abaixo:

Ano	Data	Número	Valor Empenhado	Valor Liquidando	Valor Pago
2019	18/03/2019	618	835.085,23	835.085,23	835.085,23
2019	18/03/2019	619	792.813,61	792.813,61	792.813,61
2019	17/05/2019	2120	731.711,17	731.711,17	731.711,17
2019	07/05/2019	1914	1.022.028,63	1.022.028,63	1.022.028,63
2019	12/04/2019	1424	868.345,30	868.345,30	868.345,30
2019	09/04/2019	1147	721.130,65	721.130,65	721.130,65
		Total	4.971.114,59	4.971.114,59	4.971.114,59
		Valor da garantia	2%	99.422,29	

Segundo aponta a Auditoria a aludida garantia contratual, foi incluída na proposta de preços pelo valor orçado a título de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI), no importe de 2% pela empresa P. R.M (doc. 63), totalizando R\$ 375.505,09.

Do mesmo modo, a empresa RC NUTRY incluí na sua proposta que “nos preços cotados, estão incluídas todas as despesas tais como: tributos, fretes, seguros, comissões, taxas, contribuições, salários, remunerações, obrigações sociais e quaisquer outros custos incidentes sobre o objeto da contratação”, SEM, CONTUDO, INFORMAR QUAL PERCENTUAL ERA RELATIVO À COMPOSIÇÃO DE PREÇOS DA GARANTIA.

Desta forma, a auditoria deduziu por analogia que a Defendente efetuou a composição da



despesa com a garantia no importe de 2% do valor recebido pelo contrato no custo da contratação, onerando o contrato uma vez que não teria apresentado a garantia.

Ocorre Nobre Conselheiro, que não há nos autos comprovação que a Defendente teria agregado ao preço final do serviço a sua despesa com um possível tipo de garantia ou que esta teria sido praticada no percentual de 2%.

Não é vedado a nenhum licitante não embutir os gastos com garantias contratuais no preço final dos seus serviços, visando apresentar a proposta mais vantajosa, haja vista que pode apresentar um tipo de garantia, se requerido, que ele já possua, sem a necessidade de despender outros gastos.

Assim, a Auditoria ao apontar a agregação do valor despendido com a garantia contratual ao preço final dos serviços oferecidos pela Defendente, nada mais faz que suposições e deduções sem qualquer embasamento técnico ou comprobatório.

Ademais, usar o percentual alocado pela Empresa PRM na sua proposta de preço para identificar eventual prejuízo causado pela Defendente se afasta do razoável e este E. Tribunal de Contas não pode permitir, pois não possui qualquer previsão legal ou fundamento que autorize tal aplicação analógica.

A tese avançada pela Auditoria é insustentável pois vários motivos, abaixo citamos alguns deles:

- Não se pode afirmar que os tipos de garantia oferecidos pelas Empresas são os mesmos.
- Os valores dos contratos são diferentes, o que pode deflagrar valores diferentes na contratação de garantias como seguros e afins.
- Não se pode deduzir sem provas que a Defendente tenha embutido o gasto com a garantia no valor final do serviço.

Como se vê, não há provas nos autos que atestem a agregação do valor despendido com



garantia contratual pela Defendente no contrato e nem de seu percentual, o que afasta qualquer irregularidade ou enriquecimento ilícito que possa ter cometido a Defendente.

Ausente, portanto, qualquer lastro probatório sobre a hipotética irregularidade e o dano ao erário cometido pela Defendente, incabível qualquer processo sancionador.

Corroborando com o entendimento alhures:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRELIMINAR. NULIDADE DO PAD. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. INOCORRÊNCIA FALTA GRAVE APURADA EM JUÍZO SUFICIENTE. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. APREENSÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM ESTEBELECIMENTO PRISIONAL. FALTA GRAVE RECONHECIDA. DÚVIDA ACERCA DA PROPRIEDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. PROVA FRÁGIL. AFASTAMENTO DA FALTA GRAVE(...) Descabido se falar em falta grave e, conseqüentemente, sanção de qualquer natureza, quando insuficientes as provas de que o sentenciado cometeu a infração disciplinar que lhe é atribuída. -(...). (TJ-MG - Agravo em Execução Penal 1.0704.13.005808-1/001, Relator (a): Des.(a) Otávio Portes, julgamento em 11/04 /2018, publicação da súmula em 13/04/2018)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LICITAÇÃO - PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS: INOBSERVÂNCIA - PROVAS: AUSÊNCIA. 1. Configura-se ato de improbidade administrativa a ação ou omissão que fere direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente da existência de enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário público, sendo imperioso, para tanto, o dolo genérico - vontade livre e consciente do agente em praticar a conduta descrita na lei -, e prescindível haver dano material ao erário (art. 11, da Lei federal nº 8.429/1992 - Lei de Improbidade Administrativa - LIA). 2. A prova certa da prática do ato ímprobo é necessária para



ensejar condenação em ação civil pública. 3. Havendo apenas indícios, mas sem a comprovação da prática do ato de improbidade administrativa, o pedido de condenação por improbidade administrativa deve ser julgado improcedente. (TJMG - AC: 10433062022374001 MG, Relator: Oliveira Firmo, Data de Julgamento: 26/09/2017, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 29/09/2017, #15352333)

Portanto, por carência de condições mínimas de se comprovar qualquer ato reprovável nos termos relatados no relatório, o presente processo deve ser extinto em relação a Defendente e/ou as contas em relação a sua execução contratual devem ser aprovadas.

VII. DA DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO IMPUTADA

Ao tratarmos de processo sancionador no âmbito da Administração Pública, não podemos deixar de lado o que dispõe a Lei nº 9.784/1999:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. (grifo nosso)

Ou seja, qualquer penalidade a ser aplicada requer uma proporcionalidade adequada ao presente caso, com destaque:

a) Nenhum dano ou risco ao interesse público ficou evidenciado;



b) Não ficou evidenciado qualquer benefício ou lucro que exorbitasse à legítima expectativa de sua atuação;

c) O histórico do autor é irretocável, sem nenhum apontamento ao longo de anos licitando com o Poder Público, conforme documentos anexos.

Ademais, não há qualquer evidência de má fé do autor ou dano comprovado ao erário, exigindo por parte da Administração Pública uma avaliação razoável conforme doutrina de Maria Silvia Zanella Di Pietro:

Mesmo quando o ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto." (in Direito Administrativo, 12^a ed., p.675)

Desta forma, mesmo que se demonstrasse comprovada alguma irregularidade, é crucial que seja observada a inexistência de má fé para fins de adequação da penalidade a ser imposta em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse sentido, para Joel de Menezes Niebuhr, a sanção deve estar intimamente atrelada às circunstâncias do ato, em observância ao princípio da proporcionalidade:

"O princípio da proporcionalidade aplica-se sobre todo o Direito Administrativo e, com bastante ênfase, em relação às sanções administrativas. [...]. Ao fixar a penalidade, a Administração deve analisar os antecedentes, os prejuízos causados, a boa ou má-fé, os meios utilizados, etc. Se a pessoa sujeita à penalidade sempre se comportou adequadamente, nunca cometeu qualquer falta, a penalidade já não deve ser a mais grave. A penalidade mais grave, nesse caso, é sintoma de violação ao princípio da proporcionalidade." (Licitação Pública e Contrato Administrativo. Ed. Fórum: 2011, p. 992);

Em sintonia com este entendimento, Eduardo Arruda Alvim esboça a relevância da conjuntura entre razoabilidade e proporcionalidade dos atos



administrativos, em especial nos que refletem em penalidades:

"Na fixação da pena (que se dará mediante processo administrativo, para o qual a Constituição Federal assegura o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade do processo respectivo - art.5º, LV) de multa, assim, tomar-se ao por base três verdadeiros conceitos vagos (gravidade da infração, vantagem auferida, e condição econômica do fornecedor), que se inter-relacionam, e devem ser preenchidos diante do caso concreto, pela autoridade competente, que poderá ser federal, estadual, do Distrito Federal, ou municipal, conforme a infração específica e seu âmbito (parágrafo primeiro do art. 55 deste Código)." (in Código do Consumidor Comentado, 2ª ed., Biblioteca de Direito do Consumidor, Editora RT, p. 274:)

Portanto, demonstrada a boa-fé do da Defendente, a ausência de dano e que apenas não apresentou a garantia por falta de exigência do Ente Licitante, somada a sua atuação regular na execução do contrato, bem como, o seu histórico favorável, não há que se cogitar uma penalidade tão gravosa, devendo existir a ponderação dos princípios aplicáveis ao processo administrativo.

Como dito alhures a Auditoria aponta em seu relatório que a empresa RC NUTRY incluí na sua proposta que "nos preços cotados, estão incluídas todas as despesas tais como: tributos, fretes, seguros, comissões, taxas, contribuições, salários, remunerações, obrigações sociais e quaisquer outros custos incidentes sobre o objeto da contratação", SEM, CONTUDO, INFORMAR QUAL PERCENTUAL ERA RELATIVO À COMPOSIÇÃO DE PREÇOS DA GARANTIA.

Desta forma, a auditoria deduziu por analogia que a Defendente efetuou a composição da despesa com a garantia no importe de 2% do valor recebido pelo contrato no custo da contratação, onerando o contrato uma vez que não teria apresentado a garantia.

Ocorre Nobre Conselheiro, como já esboçado acima, não há nos autos comprovação que a



Defendente teria agregado ao preço final do serviço a sua despesa com um possível tipo de garantia ou que esta teria sido praticada no percentual de 2%.

Não é vedado a nenhum licitante não embutir os gastos com garantias contratuais no preço final dos seus serviços, visando apresentar a proposta mais vantajosa, haja vista que pode apresentar um tipo de garantia, se requerido, que ele já possuía, sem a necessidade de despende outros gastos.

Assim, a Auditoria ao apontar a agregação do valor despendido com a garantia contratual ao preço final dos serviços oferecidos pela Defendente, nada mais faz que suposições e deduções sem qualquer embasamento técnico ou comprobatório.

Ademais, usar o percentual alocado pela Empresa PRM na sua proposta de preço para identificar eventual prejuízo causado pela Defendente se afasta do razoável e este E. Tribunal de Contas não pode permitir, pois não possui qualquer previsão legal ou fundamento que autorize tal aplicação analógica.

A tese avançada pela Auditoria é insustentável pois vários motivos, abaixo citamos alguns deles:

- Não se pode afirmar que os tipos de garantia oferecidos pelas Empresas são os mesmos.
- Os valores dos contratos são diferentes, o que pode deflagrar valores diferentes na contratação de garantias como seguros e afins.
- Não se pode deduzir sem provas que a Defendente tenha embutido o gasto com a garantia no valor final do serviço.

Ainda assim, mesmo que realmente a Defendente tivesse agregado o percentual de 2% do valor despendido para apresentar garantia, o percentual agregado ao valor do contrato não pode ser multiplicado ao valor total do contrato ou ao valor recebido pela Defendente, mas sim ao valor que deveria ser garantido.



Conforme cláusula contratual e do termo de referência as contratantes deveriam apresentar garantia no importe de 5% do valor total do contrato, que neste caso era de R\$ 11.844.413,02 (onze milhões oitocentos e quarenta e quatro mil, quatrocentos e treze reais e dois centavos), ou seja, a Defendente deveria apresentar algum tipo de garantia no importe de R\$ 592.222,65 (quinhentos e noventa e dois mil, duzentos e vinte e dois reais e sessenta e cinco centavos) aproximadamente.

Veja Ilustríssimo Conselheiro, que a Contratante ao agregar o valor da garantia na formação do seu preço final não aplica o percentual em cima do valor do contrato, mas as financiadoras ou bancos cobram as Empresas levando em conta o valor da garantia.

Assim, no caso em tela, mesmo que fosse possível aplicar o índice utilizado pela Empresa P. R.M, deveria ser multiplicado em razão do valor da garantia e não no valor do contrato ou valor recebido pela Defendente.

Conforme demonstrará tabela abaixo, o cálculo realizado pela Auditoria está incorreto, pois aponta como valor agregado ao preço final o valor encontrado da multiplicação de 2% sobre o valor total do contrato, o que torna totalmente excessivo a sanção imposta a defendente e, repisa-se, sem qualquer prova do dano causado.



VALOR DO CONTRATO OU VALOR LIQUIDADADO	VALOR DA GARANTIA	ÍNDICE SUPOSTAMENTE AGREGADO	VALOR SUPOSTAMENTE AGREGADO AO PREÇO FINAL
APLICAÇÃO DE PERCENTUAL DA P.R.M SOBRE O VALOR DA GARANTIA - VALOR DO CONTRATO			
R\$ 11.844.413,02	R\$ 592.222,65 (5%)	2%	R\$ 11.844,41
APLICAÇÃO DE PERCENTUAL EM RELAÇÃO AO VALOR DA MÉDIA DO MERCADO - VALOR CONTRATO			
R\$ 11.844.413,02	R\$ 592.222,65 (5%)	1%	R\$ 5.922,22
APLICAÇÃO DE PERCENTUAL DA P.R.M SOBRE O VALOR DA GARANTIA - VALOR LIQUIDADADO			
R\$ 4.971.114,59	R\$ 248.555,73 (5%)	2%	R\$ 4.9715,11
APLICAÇÃO DE PERCENTUAL DA P.R.M SOBRE O VALOR DA GARANTIA - VALOR LIQUIDADADO			
R\$ 4.971.114,59	R\$ 248.555,73 (5%)	1%	R\$ 2.485,55

Como pode observar na tabela acima, todas as hipóteses que poderiam ser levantadas para chegar ao valor pago pela Defendente para contratar um tipo de garantia e sua agregação no valor final do preço, nenhum foi utilizada pela Auditoria.

Inicialmente não existe nenhuma prova aos autos que comprovem que a Defendente teria agregado o suposto valor ao preço final.

Segundo, não é correto e aceitável utilizar o percentual usado pela P.R.M para calcular valores relacionados a RC NUTRY, pois conforme demonstrado alhures existem vários fatores que diferenciam os preços.

Por fim, o percentual desembolsado com a contratação de algum tipo de garantia é calculado sobre o valor que a Defendente deveria garantir e não sobre o valor recebido, de acordo com a tabela alhures.

Outrossim, conforme demonstrasse das apólices em anexo, a média paga pela Defendente pelos seguros que oferece de garantia aos contratos



que se sagrou campeã possuem em média o valor de 0,5% a 1% do valor da garantia e não do valor do contrato ou recebido. Vejamos:

FRONTISPÍCIO DE APÓLICE SEGURO GARANTIA				
Garantia contratada				
Modalidade	Limite Máximo de Garantia (L.M.G)	Ramo		
Executante Prestador de Serviços	R\$ 439.050,03	0775 - GARANTIA SEGURADO - SETOR PUBLICO		
Descrição da Garantia: Coberturas, valores e prazos previstos no contrato:				
Modalidade e Cobertura Adicional	Importância Segurada	Vigência		
		Início	Término	
Executante Prestador de Serviços	R\$ 439.050,03	05/09/2021	03/05/2022	
Trabalhista e Previdenciária	R\$ 439.050,03	05/09/2021	03/05/2022	
Demonstrativo de Prêmio:				
Prêmio Líquido Executante Prestador de Serviços	R\$	1.443,45		
Prêmio Líquido Trabalhista e Previdenciária	R\$	721,73		
Adicional de Fracionamento	R\$	0,00		
I.O.F.	R\$	0,00		
Prêmio Total	R\$	2.165,18		
Condições de Pagamento:	Parcela	Vencimento	Nº Camê	Valor(R\$)
	1	16/10/2021	11183513	2.165,18

Em atendimento à Lei 12.741/2012 (informação que incidem as alíquotas de 0,25% de IRPF Pessoa e de 4% de COFINS sobre os prêmios de seguros, instituídos de acordo com legislação específica (Lei 10.403/2002), e/ou) devendo no contrato de cobertura (Público) ser alterado(s) quando contratado(s) isoladamente ou em outra composição.



Seguradora Emiteora		Apólice nº		Endosso nº		Proposta Nº	
6106 SANTO AMARO		06190201661060750011380		0900006		23405	

Grupo	Ramo	Modalidade	
RISCOS FINANCEIROS	75-GARANTIA SEGURADO - SETOR PÚBLICO	FORNECIMENTO	

DADOS DO SEGURADO			
Nome/Razão Social		CNPJ/CPF	
MUNICÍPIO DE COTIA		46.523.049/0001-20	
Endereço		Número	
AV PROFESSOR MANOEL JOSÉ PEDROSO		1347	
Cap:		Cidade	
6717100		COTIA	
UF		UF	
SP		SP	

DADOS DO TOMADOR			
Nome/Razão Social		CNPJ/CPF	
RC NUTRY ALIMENTACAO LTDA		11.166.874/0001-00	
Endereço		Número	
AV QUEROZ FILHO		1700	
Cap:		Cidade	
0319000		SAO PAULO	
UF		UF	
SP		SP	

A Tokio Marine Seguradora S.A., a seguir denominada SEGURADORA, tendo em vista as declarações constantes da proposta que lhe foi apresentada pelo TOMADOR acima identificado, proposta esta que, servindo de base para emissão desta apólice, fica fazendo parte integrante deste contrato, obriga-se a indenizar o SEGURADO, sob os termos das condições gerais e/ou especiais e demais cláusulas expressamente convenionadas, inseridas na presente ou em seus anexos, as obrigações assumidas pelo TOMADOR, até o limite dos valores da garantia a seguir especificados.

GARANTIAS :			
TOTAL DO VALOR DA GARANTIA - R\$		331.756,72	
VIGÊNCIA - DAS 24H00 DO DIA:	15/03/2019	ATE AS 24H00 DO DIA:	15/03/2020

Ficam fazendo parte integrante e inseparável da presente apólice, os seguintes anexos :
 1) Demonstrativo de Prêmio; 2) Condições Particulares; 3) Condições Especiais; 4) Condições Gerais.

OBSERVAÇÕES:
 - A garantia dada por este seguro extingui-se à quando o término da vigência expressa nesta apólice, salvo se houver prorrogação por meio de endosso.

- Após sete dias úteis de emissão deste documento, poderá ser verificado se a apólice ou endosso foi corretamente registrado no site da SUSEP www.susep.gov.br;

- Processo SUSEP nº 15414.900306/2014-87

- As Condições Contratuais deste produto protocolizadas pela Tokio Marine Seguradora S.A junto a SUSEP* poderão ser consultadas no endereço eletrônico www.susep.gov.br, de acordo com o(s) número(s) de processo(s) constantes neste apólice / endosso.

* SUSEP - Superintendência de Seguros Privados - Autarquia Federal responsável pela fiscalização, normalização e controle do mercado de seguros, previdência complementar aberta, capitalização, resseguro e corretagem de seguros.

Atendimento Exclusivo ao Consumidor - SUSEP: 0800 21 8484 (de segunda a sexta, das 09h30 às 17h00).

CORRETOR		
Nome/Razão Social	Código Interno	Registro Susep
MARVILI CORRETORA DE SEGUROS L	006182	10.8557226

DEMONSTRATIVO DE PRÊMIO	
Prêmio Líquido	R\$ 2.628,40
Adicional de Fracionamento	R\$ 0,00
Custo de Emissão	R\$ 0,00
I.O.F.	R\$ 0,00
Correção Monetária	R\$ 0,00
Prêmio Total	R\$ 2.628,40
Condições de Pagamento:	à vista
Taxa de Juros:	0,000%
Número de Prestações:	1
1ª Prestação R\$	R\$ 2.628,40
Demais Prestações R\$	R\$
Forma de Cobrança:	Boleto sem Registro
Vencimento:	11/03/2019



Garantia contratada

Modalidade	Limite Máximo de Garantia (L.M.G)	Ramo
Licitante	R\$ 252.086,15	0775 - GARANTIA SEGURADO - SETOR PUBLICO

Descrição da Garantia: Coberturas, valores e prazos previstos na Apólice:

Modalidade e Cobertura Adicional	Importância Segurada	Vigência	
		Início	Término
Licitante	R\$ 252.086,15	19/12/2021	20/04/2022

Demonstrativo de Prêmio:

Prêmio Líquido Licitante	R\$	421,29
Adicional de Fracionamento	R\$	0,00
I.O.F	R\$	0,00
Prêmio Total	R\$	421,29

Condições de Pagamento:	Parcela	Vencimento	Nº Carnê	Valor(R\$)
	1	20/12/2021	11770484	421,29

Todas essas constatações invalidam completamente o relatório e a proposta de ressarcimento ao erário feita pela Auditoria, pois não coadunam com a realidade e não são baseados em aspectos práticos e teóricos, não passando de meras deduções e ilações.

Destarte, requer-se o afastamento do dever de ressarcimento de dano ao erário imposto a Defendente, haja vista que não existe prova do dano e que houve execução integral do contrato por parte da Defendente, mas caso assim não entenda, que seja aplicado o percentual praticado no mercado sobre o valor da garantia contratual, devendo a Defendente arcar com o valor de apenas R\$ 2.485,55 (dois mil quatrocentos e oitenta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos).

Assim, o que a DEFENDENTE pretende, é que seja razoável a medida adotada por esse E. Tribunal de Contas, arquivando o presente processo, já que não houve qualquer inexecução contratual ou dano causado pela Defendente.

IX. DOS PEDIDOS

Ante do exposto, requer:



i. Seja dado provimento à presente defesa, pelas razões expostas para fins de que seja arquivado o presente processo por manifesta regularidade das contas do Requerido.

ii. Considerando que não há ressarcimento a ser feito, por não ter havido conduta que causasse prejuízo ao erário municipal, bem como não restou comprovada a conduta da petionária nas falhas apontadas no relatório de Auditoria e que a petionária provou sua regularidade e integral execução ao contrato requer-se a baixa de qualquer responsabilidade atribuída à empresa RC Nutry Alimentação LTDA;

iii. Caso assim não entenda o Nobre Conselheiro que seja aplicado o percentual praticado no mercado sobre o valor da garantia contratual, devendo a Defendente ressarcir ao erário o valor de apenas R\$ 2.485,55 (dois mil quatrocentos e oitenta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos).

iv. Por tratar-se de irregularidades que não se configuram como ato doloso de improbidade administrativa, requer a petionária seja excluída do polo passivo dos presentes autos do Processo em referência;

v. Requer sejam consideradas as presentes razões, arquivando-se os presentes autos em relação à petionária, após sua regular exclusão do polo passivo;

vi. Requer seja deferida a juntada dos documentos em anexo a esta petição;

vii. Caso não seja o entendimento de V. Excelência, no caso de reprovação das contas, requer-se a concessão de tempo hábil e que seja oportunizado a petionária a exercer o contraditório e ampla defesa através de todos os meios e recursos cabíveis;

viii. Protesta provar o alegado, através de todos os meios legalmente admitidos, em especial através da posterior juntada de documentos correspondentes ao processo em comento.



ix. Caso não seja este o entendimento, que a Defendente seja notificada acerca das irregularidades que justifiquem a continuidade do presente processo administrativo.

Por seu turno, a Sra. Bianca Bomfim Soares Lima, Chefe de Divisão de Alimento e Nutrição, também trouxe aos autos peça de bloqueio individual (doc. n.º 136), a qual transcrevo a seguir:

2. RAZÕES DA INSUBSISTÊNCIA DAS IRREGULARIDADES APONTADAS NOS ACHADOS DO PRESENTE RELATÓRIO DE AUDITORIA

2.1 – QUANTO AO ACHADO: [2.1.3] – Da suposta inobservância de exigência de garantia contratual nos contratos de merenda escolar firmados com a RC Nutry e P.R.M. Serviços.

A conduta imputada à defendente, no presente achado de auditoria, consiste em "deixar de exigir, na condição de fiscal do contrato, garantia de execução contratual de forma a salvaguardar o erário municipal de eventual inadimplemento contratual".

Passa-se a refutar cada um dos argumentos essenciais que compõe o presente achado de auditoria.

Cumprir observar, de início, que o referido achado de auditoria não compete a fiscalização dos contratos citados à defendente, que devido à falha na organização dos documentos do referido processo de dispensa licitatória, foi acostado erroneamente termo de fiscalização assinado pela defendente competente ao acompanhamento e fiscalização do Contrato firmado com a Associação de orientação às cooperativas do Nordeste – ASSOCENE, fornecedor de gêneros alimentícios oriundos da agricultura familiar, portanto não se refere ao achado citado (anexo 01).

Com o intuito de retificar a informação encaminhada anteriormente, apresento os termos de fiscalização dos contratos referidos neste achado, para adequada correlação com o ponto citado neste achado (anexo 02).



O referido documento acostado em apreço configura mera irregularidade formal sanável a qualquer tempo, nem sequer demonstrou-se que a Administração Pública sofreu qualquer prejuízo.

Desse modo, requer a exclusão da defendente como parte responsável no presente processo de prestação de contas, haja vista não ser fiscal do contrato em comento.

Esclareço também que, por motivos pessoais, sendo outra oportunidade de trabalho, solicitei exoneração do cargo que ocupava, encerrando meus trabalhos neste órgão no dia 12/04/2019, cuja publicação de exoneração encontra-se no anexo 03.

No que se refere ao contrato firmado com a empresa RC Nutry Alimentação Ltda (CNPJ: 11.164.874/0001-69), encaminho em anexo a garantia contratual do contrato nº 1401.11.2019 oriundo do Processo Licitatório nº 23/2018, cujo documento encontra-se no anexo 04.

Caso Vossa Excelência não acate a preliminar acima, ao mero sabor do argumento, em homenagem ao princípio da eventualidade, passa-se a discorrer sobre o mérito.

No que concerne à evidência citada no referido achado quanto à inexistência da garantia contratual dos contratos nº 1401.03.2019 e 1401.04.2019 firmados com a empresa P.R.M. Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI, evidencio que foram encaminhados ofícios pelo Setor de Contratos da Gerência Geral de Administração da Secretaria de Educação à referida empresa, solicitando o envio da garantia contratual conforme documentos protocolados apresentados no anexo 05.

Todavia, o não recebimento das garantias requeridas não causaram quaisquer prejuízos à administração pública, considerando que foi retido o valor de R\$ 455.003,22, referente ao empenho nº 2019.002645 que foi anulado e o pagamento não realizado, cujo documento encontra-se no anexo 06.

Portanto, Excelência, a Secretaria de Educação tomou as providências cabíveis a fim de que a empresa contratada apresentasse a garantia contratual, tendo notificado a contratada para tanto, e, diante não apresentação da garantia, instaurou processo administrativo disciplinar.

Desse modo, não há que se falar em omissão dos gestores da Secretaria de Educação sobre a questão da apresentação da garantia contratual, razão pela qual descabe qualquer penalidade à defendente.

Desse modo, não merece acolhida o achado da ilustre Auditoria da Colenda Corte de Contas.

3. DOS REQUERIMENTOS FINAIS

Por todo o exposto, demonstrada a regular atuação do Defendente, e o zelo destes no desempenho de suas funções, aguarda que sejam totalmente acolhidas às razões de fato e de direito aqui espostas, dando, assim, quitação ao achado acima relacionado, de modo a não ser imputada ao Defendente qualquer reprimenda.

Por fim, a empresa P.R.M. SERVIÇOS E MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA EIRELI também trouxe aos autos peça defensiva (doc. n.º 150 dos autos eletrônicos), que segue:



II – DA INEXISTÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL

4. Inicialmente, como bem apontado no Relatório em comento, o contrato foi celebrado em regime emergencial, pelo prazo de 180 dias para fornecimento de merenda escolar a Secretaria da Educação de Recife.

5. Esclarece-se, por oportuno, que em momento algum foi exigido ou formalizado pela Secretaria da Educação de Recife a apresentação obrigatória de garantia contratual por parte da P. R.M. SERVIÇOS E MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA EIRELI.

6. À época, foi enviada uma proposta para comprovação dos custos de operação do contrato emergencial, e na planilha foi indicado, por liberalidade desta Empresa, um percentual de 2% referente a garantia contratual.

7. Entretanto, vale ressaltar que tal percentual é meramente estimativo, sendo que o percentual depende primeiramente da fixação de período de contrato e do volume de contratos, para que ao final se estabeleça um percentual, que às vezes pode até ser igual a 'zero', tendo em vista entre as modalidades de garantia, encontramos o depósito em conta da Administração.

8. Assim sendo, cabe salientar que o percentual indicado é meramente estimado para fins de composição da planilha de custos e não necessariamente o valor real, pois este depende da decisão da empresa de depositar (caucionar) os valores em conta indicada pela Administração, ou caso seja opção pelo seguro garantia, o valor final depende do volume contratado com a Seguradora, sendo que, nesse caso, na época do contrato representava um percentual de 0,50% (meio ponto percentual), como demonstram as apólices de contratos similares (Doc. 01).

9. À propósito, na eventualidade de diferença entre o índice da garantia constante da planilha e o efetivamente praticado, o valor divergente não corresponde à uma vantagem indevida, mas é direcionado para cobrir os custos operacionais



efetivos com a execução contratual, tais como mão de obra, repise-se, inclusive pela possibilidade da empresa depositar a garantia em dinheiro.

10. Entretanto, concluiu o Relatório deste Tribunal de Contas do Estado do Pernambuco que a P.R. M. SERVIÇOS E MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA EIRELI deveria ter ofertado a garantia contratual de acordo com o que está indicado nessa planilha, mesmo jamais tendo sido exigido pela Prefeitura Contratante, que sequer indicou conta bancária para depósito.

11. A garantia contratual tem por finalidade precípua assegurar eventual indenização ao ente Contratante, no caso de eventuais prejuízos causados pelo inadimplemento do particular Contratado, o que não ocorreu no caso em tela, pois o contrato foi executado sem nenhum prejuízo ao Município.

12. Vale ressaltar, ademais, que a P.R.M. SERVIÇOS E MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA EIRELI tem valores retidos injustificadamente pelo Município no valor de R\$ 455.000,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco mil reais), que é objeto, inclusive, de Mandado de Segurança de nº 0027808-11.2021.8.17.2001, para obtenção da certidão de ordem cronológica de pagamentos, a fim de elucidar a sua posição de recebimento.

13. Repisa-se, enfim, que jamais houve, tanto no momento da apresentação da proposta quanto na celebração do contrato, a exigência de oferta da garantia contratual por parte da Prefeitura, o que fez esta Contratada presumir pela regularidade da proposta apresentada, em absoluta boa-fé, inexistindo conduta irregular ou vedada praticada por esta Empresa.

14. Conforme disposto no art. 56 da Lei 8.666 /1993, a exigência de garantia contratual se constitui, em verdade, numa faculdade a ser exercida pelo ente Contratante, que deve analisar, em cada caso, os riscos que o objeto do contrato pode trazer à Entidade e à coletividade. Ou seja, a rigor, a exigência de garantia



contratual está estritamente ligada à complexidade do objeto e aos potenciais riscos oriundos da execução do contrato.

15. Como sinaliza o Tribunal de Contas da União:

“É facultado à Administração exigir prestação de garantia nas contratações de bens, obras e serviços, de modo a assegurar plena execução do contrato e a evitar prejuízos ao patrimônio público. Antes de estabelecer no edital exigência de garantia, deve a Administração, diante da complexidade do objeto, avaliar se realmente é necessária ou se servirá apenas para encarecer o objeto.” (grifou-se).

16. Decidindo de modo positivo por sua exigência, cabe à Administração disciplinar adequadamente a matéria no instrumento convocatório, sendo fundamental a prévia determinação do percentual a ser exigido para tal fim (que deve ser fixado em patamar compatível com o vulto e os riscos envolvidos na contratação), o período a ser abrangido pela garantia e as condições de sua atualização e devolução.

17. Notadamente, para caracterização de descumprimento contratual passível de aplicação de sanção, é necessário que o contratado tenha, minimamente, agido com culpa, ou seja, com negligência, imprudência ou imperícia, o que não ocorreu, visto que o contrato foi executado corretamente e em nenhum momento foi exigida a garantia contratual.

18. Na remota hipótese de manutenção do entendimento pela obrigatoriedade de oferta da garantia mesmo sem exigência da Administração Contratante, a Administração deveria indicar uma conta bancária para depósito, e não o fez, inclusive ao contrário disso, reteve valores bem superiores à garantia, de forma totalmente ilegal.

III – CONCLUSÃO

19. Diante do exposto, pugna-se pela revisão do apontamento constante do Relatório da Auditoria,



sem o lançamento de débitos em desfavor da P. R.M. Serviços E Mão De Obra Especializada Eireli, pelas razões sobejamente expostas.

20. Subsidiariamente, o que se admite por argumentação, na hipótese de manutenção do entendimento exposto no Relatório, seja considerado cumprida a decisão, diante da retenção ilegal, pela Municipalidade, de valores ainda pendentes de pagamento à Contratada, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e como medida de lédima justeza.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Antes de passar à análise do mérito, é de se enfrentar a preliminar de ilegitimidade passiva invocada pelos interessados.

Os defendentes praticaram, no exercício de suas funções públicas, atos que guardam relação com as irregularidades apontadas pela auditoria; podendo, em tese, vir a serem responsabilizados. O nosso corpo técnico cuidou, inclusive, de indicar as condutas específicas que, no seu entender, ensejariam reprimenda. É justamente no exame do mérito que serão apreciados não apenas os atos praticados mas também sua importância, ou seja, se foram fundamentais ou não para o resultado contrário à ordem legal. Sem olvidar, ainda, a análise da conjuntura em que se deram as condutas. Talvez desnecessário dizer que é precisamente por ocasião da valoração tanto dos elementos de prova quanto do nexu de causalidade (ou seja, no âmbito concreto) onde mais divergem os julgadores, gerando, comumente, decisões por maioria.

Em suma, não há que se falar em ilegitimidade passiva, quando a auditoria, descrevendo atos que encerram relação com as irregularidades, aponta, igualmente, as respectivas condutas recrimináveis; sendo reservados ao exame de mérito o conhecimento e aquilatação, em concreto, das circunstâncias fático-jurídicas concernentes à responsabilização.

Ainda no âmbito preâmbular, foi alegada conexão, por prejudicialidade, com o Processo TCE-PE n.º 1851854-0, no qual se aprecia a possível nulidade do Contrato de Gestão n.º 390/2014, o que, por consequência, poderia ensejar a nulidade do quinto e sexto termos aditivos firmados,



analisados aqui, no bojo do processo vertente (mais precisamente, no item “2.1.4 Insuficiência de controle sobre as metas e recursos repassados via contrato de gestão firmado com a CEASA/OS”). Importa dizer que o referido processo TCE-PE n.º 1851854-0 foi julgado recentemente pela Primeira Câmara deste Tribunal (Acórdão T.C. n.º 413/2024, sessão do dia 26/03/2024), oportunidade em que, apesar da existência de diversas irregularidades, não foi consignada a nulidade do contrato supramencionado; afastando-se, por conseguinte, a ressalva trazida pela auditoria (acerca da possibilidade de consequente nulidade dos termos aditivos respectivos) e que suscitou, por parte dos defendentes, a invocação de prejudicialidade.

Passo ao mérito.

Atinente à **Prestação de Contas de Gestão em desacordo com a Resolução TC n.º 67/2019**, expôs a auditoria que, no envio da documentação exigida, não constou os dados do titular do órgão, falha esta já apurada quando da sua Prestação de Contas de 2017 (Processo e-TCEPE n.º 18100762-9). Ainda, apontou ausente qualquer relatório de auditoria do controle interno no âmbito da SEDUC, o que evidenciaria a fragilidade dos mecanismos de controle interno, que devem ser aprimorados para retratar a realidade do órgão, impedindo a ocorrência de erros, fraudes, assim como evitando a ineficiência na gestão dos recursos públicos.

De outra borda, arguiu que os contratos no Módulo de Licitações e Contratos – LICON, do Sistema de Acompanhamento da Gestão dos Recursos da Sociedade – SAGRES, foram enviados intempestivamente, sendo constatado um tempo médio de 149,4 dias para envio, enquanto que a legislação determina o prazo máximo de 10 dias para alimentação do sistema.

De logo, em relação à ausência de qualquer relatório de auditoria do controle interno no âmbito da SEDUC, não se pode, com a devida vênia, tomar como inerte o gestor em razão, unicamente, da não realização de procedimento de auditoria interna. Outro seria meu entendimento caso o nosso corpo técnico tivesse demonstrado, em concreto, a imprescindibilidade de sua instauração. Se tivesse atestado, por exemplo, que irregularidades constatadas em auditorias anteriores deste Tribunal não mereceram o devido tratamento, entre os quais, dependendo do caso, a instauração de auditoria interna para aprofundamento de sua extensão e consignação de medidas a serem observadas pelos agentes públicos responsáveis pelo segmento administrativo respectivo.

Mister destacar que a nossa auditoria, expressamente, tomou como base para suas conclusões o doc. n.º 11 dos autos eletrônicos. Cuida-se de declaração do Secretário de Educação em que assevera o seguinte: “Para fins de atendimento ao item 11 do Anexo III da Resolução TC n.º 67/2019, declaramos que por não haver até a



presente data relatório de auditoria do controle interno, não há declaração informando as medidas tomadas para o exercício de 2019 neste Secretaria de Educação da Prefeitura do Recife". Declaração essa que não mereceu reparo por parte de nossa auditoria, isto é, não foram apontadas deliberações anteriores desta Corte de Contas que a infirmassem. Ora, se não havia recomendações ou determinações, como se pode falar em inércia do controlador interno na implementação de medidas saneadoras?

Já quanto à alimentação intempestiva do sistema LICON, tenho entendimento de se tratar de falha de natureza meramente instrumental, incapaz de macular as contas em análise. Não houve sonegação de informações. Todos os contratos foram devidamente alimentados no sistema LICON, ainda que intempestivamente. No caso do aludido Contrato n.º 1401.0009/2018, que supostamente não teria sido localizado, a defesa comprovou que o mesmo foi formalizado em 2018, tendo constado no mapa demonstrativo consolidado dos contratos, nos autos do Processo e-TCEPE n.º 19100337-2.

Por fim, atinente à ausência dos dados do gestor, titular do órgão, embora incontroversa a falha, tenho que se trata de mácula de menor potencial, sobretudo por tais dados serem públicos, de fácil obtenção.

Com relação à **execução de despesa sem suporte contratual na contratação da empresa Mindlab**, disse a equipe técnica que foram executadas despesas no valor de R\$ 2.078.448,00 e R\$ 3.456.586,00, relativas aos empenhos n.º 2019.0006684 e n.º 2019.0006691, respectivamente, sem o devido suporte contratual. Apontou que a empresa MindLab do Brasil Comércio de Livros LTDA foi contratada por meio da Inexigibilidade n.º 18/2019, que tinha por objeto "a aquisição de Conjuntos Educacionais (Kit Escola, Kit Professor e Kit Aluno) para a aplicação de metodologia pedagógica aplicada em aulas presenciais, sócio emocionais e éticas, por meio de jogos de raciocínio, métodos metacognitivos e critérios da mediação da aprendizagem para os alunos do Fundamental Anos Iniciais, Fundamental Integrais Anos Finais e a Etapa da Educação Infantil Grupo 4 e 5".

Da análise do correlato termo de referência, percebeu a incompatibilidade da cláusula sexta com o prazo de execução previsto. Se por um lado a contratada deveria prestar "durante todo o ano letivo, assistência técnica aos presenciais e remota", por outro lado havia disposição expressa de que "a vigência do contrato será de 150 (cento e cinquenta) dias corridos, a partir da assinatura do contrato", ou seja, havia obrigações contratuais que ultrapassaram o período da vigência do referido contrato.

Outrossim, informou a nossa auditoria que a própria SEDUC reconheceu que "não houve elaboração do instrumento contratual entre a Secretaria de Educação e a empresa Mindlab do Brasil Comércio de Livros LTDA", tendo fundamentado tal ausência no art. 62, § 4º, da Lei



Federal n.º 8.666/1993, ou seja, que o contrato se tratava apenas da simples entrega dos kits educacionais e não como um serviço técnico especializado.

Pois bem.

À largada, há, de fato, uma evidente incongruência no termo de referência entre o prazo de vigência do contrato, de 150 dias, e as obrigações da contratada em prestar assistência durante todo o ano letivo. Na prática, cabia à contratada prestar assistência técnica presencial e remota durante todo o ano letivo, e não apenas durante a vigência contratual de 6 meses. Não poderia o prazo da vigência contratual ser inferior ao prazo no qual tinha a MindLab do Brasil Comércio de Livros LTDA serviços a prestar, que, *in casu*, tratava-se de obrigações futuras, compreendendo a instrução dos professores aplicadores da metodologia e reuniões de acompanhamento durante todo o ano.

Nesta mesma linha, não poderiam os serviços em questão serem executados sem o respaldo do correlato termo contratual, por não se enquadrar na hipótese prevista no art. 62, § 4º, da Lei Federal n.º 8.666 /1993. O referido normativo dispõe ser “dispensável o ‘termo de contrato’ e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica”. Pois bem. No caso concreto, fica evidente, no próprio termo de referência, que cabia à contratada obrigação futura, fundamental para se atingir o fim proposto pela contratação. É o seu item 7.2: “prestar assistência técnica durante todo o período de utilização dos Conjuntos Educacionais, conforme descrito no item 7, com a qualidade necessária a correta aplicação da metodologia pelos professores e técnicos da Secretaria”.

Neste sentido, não é demais trazer à baila o entendimento do Tribunal de Contas de São Paulo e do Tribunal de Contas da União sobre a matéria:

Tribunal de Contas de São Paulo - TCE/SP

TC- 987/010/12

“Ademais, o fornecimento de assistência técnica constitui obrigação futura que, nos termos do disposto no § 4º do artigo 62 da Lei nº 8.666/939, obrigaria a utilização de 'termo de contrato' e não de 'nota de empenho' para a formalização do ajuste”.

Tribunal de Contas da União -TCU



Decisão 406/1996 Segunda Câmara

Observe a necessidade de elaboração de instrumento de contrato, mesmo nas compras com entrega imediata, quando houver a obrigação de o fornecedor da mercadoria prestar assistência técnica, nos termos dos arts 15, § 7º, inciso I e 62, caput, da Lei nº 8.666/1993.

De fato, como já demonstrado, houve a falha. Contudo, devo ponderar que o nosso corpo técnico não apontou qualquer desdobramento negativo dela decorrente. Em palavras outras, não foram trazidas a lume eventuais inexecuções das obrigações previstas no termo de referência. Sendo assim, não há que se falar da presença, em concreto, da nota de gravidade. Tampouco é o caso de imputação de penalidade pecuniária, que se revelaria desproporcional, ainda que cominada no patamar mínimo, a medida em que se tratou de evento isolado, ou seja, inexistiu uma prática recorrente, que abrangesse aquisições diversas.

Quanto à **inobservância de exigência de garantia contratual nos contratos de merenda escolar firmados com a P.R.M Serviços e a RC Nutry**, apontou a auditoria que as referidas empresas foram contratadas mediante as dispensas de licitação n.ºs 01/2019 e 02/2019, respectivamente, para fornecimento de refeições sob preparo com gêneros alimentícios, destinados à produção local nas unidades de ensino, refeições transportadas prontas para consumo (preparo, cocção, transporte, distribuição e higienização), e demais insumos inerentes ao serviço, para atender aos estudantes das escolas municipais e conveniadas, escolas profissionalizantes, Unidades de Tecnologia e participantes de programas especiais da Secretaria de Educação.

Expôs que, a despeito da expressa previsão contratual de que deveria ser apresentada garantia, a SEDUC, em resposta ao Ofício n.º 611 /2021 - GAB/SEDUC, informou que não havia localizado as garantias contratuais para os instrumentos em questão. Ainda, a equipe técnica evidenciou que a exigência em comento também estava prevista no Termo de Referência (doc. 61 dos autos eletrônicos), no qual constava o prazo de 10 dias, a contar da assinatura do contrato, para a entrega da respectiva garantia.

Outrossim, constatou que, no caso da empresa P.R.M Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI, a prestação de garantia teria ensejado um custo de 2% no valor final ofertado, ou seja, na prática a SEDUC despendeu o equivalente a R\$ 375.505,09 para que a empresa em questão fornecesse garantia contratual. Já no caso da RC Nutry, a auditoria não conseguiu identificar qual foi o percentual cobrado para apresentação da garantia contratual, tendo utilizado, para seu cálculo, o



mesmo percentual aplicado pela P.R.M, de 2%, estipulando, a partir disso, que o valor pago à RC Nutry pela garantia contratual teria sido de R\$ 99.422,29.

Ademais, a nossa auditoria identificou algumas falhas na execução contratual. No caso da RC Nutry Alimentação Ltda, apurou duas falhas: pães mofados na Escola Nova Descoberta e faturas emitidas, mas com solicitação de merenda cancelada pelas escolas Novo Horizonte, Boa Esperança, Santa Maria e Poeta Solano Trindade do dia 22.03. Por seu turno, com relação à P.R.M Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI, foram cerca de 30 ocorrências, a saber:

Tabela 07 - Ocorrências no contrato P.R.M Serviços - Fonte: CI 166 (doc 74)

Data	Tipo de Ocorrência	Abrangência - Unidades que Reclamaram à GEAL
07/03/2019	QUALIDADE	C.M Governador Miguel Arraes/ E.M do Barro/ E.P Centro de Qualificação São José
11/03/2019	ATRASO NA ENTREGA	E.M Jardim Maudiceia/ E.M Julio de Oliveira/ E.M Educador Paulo Freire/ E.M Eng. Henoch Coutinho/ E.M Cristiano Cordeiro/ E.M João Amazonas/ Jardim Monte Verde/ E.M Pais e Filhos
11/03/2019	FALHA NO ABAST. GÊNERO	C.M Deus é Amor
12/03/2019	ATRASO NA ENTREGA	E.M Alto da Guabiraba/ E.M. Pedro Alcântara/ E.M UR 05
12/03/2019	QUALIDADE	Creche Gov. Miguel Arraes
13/03/2019	ATRASO NA ENTREGA	E.P Cristiano Donato
13/03/2019	FALHA NO ABAST. GÊNERO	CMEI Estrala da Manhã
13/03/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	E.M Jardim Monte Verde/ E.M Henfil
14/03/2019	FALHA NO ABAST. GÊNERO	CMEI Ana Rosa Falcao de Carvalho
18/03/2019	ATRASO NA ENTREGA	E.M Paroquial Cristo Rei/ E.M Vila Santa Luzia
19/03/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	E.M Hugo Gerdau/ E.M Reitor João Alfredo
20/03/2019	FALHA NO ABAST. GÊNERO	E.M Jardim Monte Verde/ E.M Manoel Rolim/ E.M Pais e Filhos
26/03/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	EMTI Reitor João Alfredo
27/03/2019	ATRASO NA ENTREGA	E.M Alto da Guabiraba/ E.M PASTOR Paulo Leivas Macalão
28/03/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	EMTI Reitor João Alfredo
28/03/2019	ATRASO NA ENTREGA	E.M Paulo Leivas Macalão/ E.M Bebenbe/ E.M Dois Rios/ E.M João Amazonas/ E.M Futuro Feliz/ E.M Dina de Oliveira/ E.M Alto do Maracanã/ E.M Cristiano Cordeiro/ E.M Poeta Joaquim Cardoso/ E.M Abilio Gomes/ E.M Isaac Pereira/ E.M da Iputinga
29/03/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	E.M Margarida Serpa
03/04/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	EMTI Reitor João Alfredo
04/04/2019	ATRASO NA ENTREGA	UTEC Cordeiro
04/04/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	UTEC Cristiano Donato
05/04/2019	QUALIDADE	E.M do Coque/ E.M Prof Josué de Castro/ E.M Mauro Mota
05/04/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	EMTI Reitor João Alfredo
08/04/2019	ATRASO NA ENTREGA	E.M Edite Braga/ E.M Dr. Samuel Gonçalves
09/04/2019	FALHA NO ABAST. GÊNERO	C.M Casinha Azul/ C.C Centro Social Guararapes/



		C.M Alberico Dornelas/ CMEI 08 de Março
10/04/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	E.M Asa Branca/ E.M Engenho do Meio/ E.M Dr. Samuel Gonçalves/ CMEI Ana Rosa Falcão
11/04/2019	FALHA NO ABAST. GÊNERO	C.C Nossa Senhora da Boa Viagem
12/04/2019	ATRASSO NA ENTREGA	E.M Almirante Soares Dutra/ E.M Dos Coelhos/ UTEC Santo Amaro/ E.M General Emídio Santos Barreto/ E.M Cidadão Herbert de Souza/ E.M Frei Tadeu Glaser/ E.M Sede da Sabedoria/ E.M sitio do Cau/ E.M Paroquial Cristo Rei
15/04/2019	ATRASSO NA ENTREGA	E.M Paroquial Cristo Rei/ E.M Julio de Oliveira/ E.M Dois Rios/ DO Dom/ E.M Creche Escola Gov. Miguel Arraes/ E.M Casa dos ferroviários/ E.M Jardim Uchoa/ E.M Andre de Melo/ E.C Gabriela Feliz/ E.M Futuro Feliz/ E.M Vila São Miguel/ E.M Poeta Paulo bandeira da Cruz/ E.M Alto da Bela Vista/ E.M Parque dos Milagres/ E.M Pastor Muguba Sobrinho/ E.M Aduato Pontes/ E.M Novo Pina/ E.M Mercia de Albuquerque/ Profissionalizante Dona Olegarinho/ E.M Associação Cristã Feminina/ E.M Soldado José do Nascimento/ E.M Solano Magalhães/ E.M dos Remédios/ E.M Santa Edwidges/ Dep Edson Cantarelli/ E.M Pais e Filhos/ E.M Dona Luci
23/04/2019	FALHA NO ABAST. GÊNERO	Não foi entregue fruta pela manhã em 20 rotas.
23/04/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	E.M Cristiano Cordeiro, E.C Gabriela Feliz
24/04/2019	QUALIDADE	EMTI Reitor João Alfredo
25/04/2019	QUALIDADE	E.M dos Coelhos
25/04/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	EMTI Reitor João Alfredo
29/04/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	E.M Margarida Serpa
29/04/2019	ATRASSO NA ENTREGA	Em. Paroquial Cristo Rei/ E.M Dois Rios/ E.M João Amazonas/ E.M General Emídio Dantas Barreto/ E.M Dr. Samuel Gonçalves/ E.M Jardim Mauriceia/ E.M Eng. Guilherme Diniz/ E.M Jandira Botelho/ E.M Alto do Maracanã/ E.M Futuro Feliz/ E.M Cristiano Cordeiro/ E.M Educador Paulo Freire/ E.M Karla Patricia/ E.M Parque dos Milagres/ E.M Capela Santo Antônio/ E.M Pais e Filhos/ E.M Prof. Moacyr de Albuquerque/ E.M Dr. Ebenezer Gueiros
30/04/2019	QUALIDADE	E.M Paroquial Cristo Rei/ E.M Manoel Rolim
30/04/2019	QUANTIDADE INSUFICIENTE	E.M Andre de Melo
30/04/2019	ATRASSO NA ENTREGA	E.M dois Rios/ E.M Dina de Oliveira/ E.M Vila Santa Luzia/ E.M Cristiano Cordeiro/ E.M Paroquial Cristo Rei/ E.M Casarão do Barbalho/ E.M do Coque/ E.M Poeta Paulo bandeira da Cruz/ E.M Antônio Farias

Em decorrência de tais apontamentos, foi instaurado o Processo Administrativo n.º 03/2019, com o objetivo de apurar os fatos e identificar os responsáveis. No Diário Oficial do Recife, na edição n.º 004, de 09/01/2021, foi publicada a decisão de aplicação de multa de 20% à P.R.M Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI “sobre o valor correspondente a nota de empenho relativa ao período da inexecução contratual, descontando-se o seu valor dos pagamentos devidos pela Administração ou da garantia contratual”.

Na sua conclusão, a auditoria responsabilizou o Secretário de Educação, Sr. Bernardo Juarez D'Almeida; a Fiscal do Contrato, Sra. Bianca Bomfim Soares Lima; e as empresas Rc Nutry Alimentação LTDA e P.R.M Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI. A par disso, diante do recebimento de valores por garantias não prestadas, sugeriu-se a imputação de débito à Rc Nutry Alimentação LTDA, no valor de R\$ 99.422,29, e à P.R.M Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI, no montante de R\$ 375.505,09.



A defendente Bianca Bomfim Soares Lima arguiu que não era sua incumbência atuar como fiscal dos contratos em questão, tendo pedido exoneração do cargo que ocupava em 08/04/19, conforme Portaria n.º 3.702/2019, publicada no Diário Oficial do Recife no dia 25/09/14. Ainda, anexou à sua defesa dois “Termos de Designação de Servidor para Fiscalização de Contrato Administrativo”, nos quais o Secretário da Pasta, Sr. Bernardo Juarez D’Almeida, designou a Sra. Synara Silva Soares Vieira. Verificando os documentos trazidos pela interessada, vejo que lhe assiste razão, descabendo responsabilizá-la pela irregularidade em questão.

De outro canto, percebo que as defesas das empresas contratadas questionam que o fornecimento da garantia não seria obrigatório nos contratos firmados. Tal narrativa não se sustenta. Da análise dos ajustes celebrados (docs. 64 a 66 dos autos eletrônicos), resta patente, na cláusula sexta, que devia a contratada “apresentar ao CONTRATANTE comprovante de garantia de execução contratual no valor de 5% (cinco por cento) do valor do contrato, em qualquer das modalidades previstas no §1º do artigo 56 da Lei n.º 8.666/93, com prazo de validade, no mínimo, igual ao prazo de vigência do contrato acrescido de 30 (trinta) dias”. Ainda, o Termo de Referência (doc. 61 dos autos eletrônicos) estabeleceu prazo de 10 dias, a contar da assinatura do contrato, para a entrega da respectiva garantia. Ou seja, não se tratava de mera faculdade, mas sim de imposição contratual.

Como se não bastasse, percebo ter a SEDUC diligenciado no sentido de que fosse fornecida a garantia contratual prevista na cláusula sexta de cada um dos contratos firmados com as empresas Rc Nutry Alimentação LTDA e P.R.M Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI. Compulsando os autos, noto que foram enviados os Ofícios n.º 075/2019, n.º 076/2019, n.º 077/2019 e n.º 080/2019 (doc. 145 dos autos eletrônicos) solicitando que as contratadas enviassem a garantia contratual prevista, sendo facultado a escolha da modalidade a ser fornecida. Não houve, portanto, inércia da gestão em fazer cumprir o ajuste firmado.

Por sua vez, atinente ao dito valor pago pela SEDUC à P.R.M Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI em face da garantia contratual de 2%, no valor de R\$ 375.505,09, percebo que evidenciou a auditoria que, na proposta de preço apresentada pela referida empresa (doc. 63 dos autos eletrônicos), no “Demonstrativo de Cálculo do BDI”, foi incluída despesas indiretas com a garantia a ser fornecida, como se vê:



PRM SERVIÇOS E MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA EIRELI

DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DO IPI

Grupo	Descrição	Valor (%)
A	Despesas indiretas	
A.1	Despesas indiretas	2,00%
A.2	Garantia	2,00%
A.3	IMPOSTOS	
TOTAL GRUPO A:		7,00%
B	Benefícios	
B.1	INSS	1,00%
TOTAL GRUPO B:		1,00%
C	Impostos	
C.1	PIF	1,00%
C.2	COFINS	7,00%
C.3	SINCH	1,00%
TOTAL GRUPO C:		14,25%
Formulas para o CÁLCULO DO IPI: (baseado em 0,40%)		
IPI = (A + B / 100) + (C - B / 100) / (1 - C)		29,77%

São Paulo/SP, em 18 de Janeiro de 2019.

[Assinatura]
PRM SERVIÇOS E MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA EIRELI
Rua: [...]
[...]
[...]

[Carimbo]
PRM SERVIÇOS E MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA EIRELI
[...]

Vale dizer, no custo do contrato figurou parcela atinente à garantia contratual. No entanto, como demonstrado, não foi prestada, efetivamente, a garantia.

Contudo, não houve dano efetivo ao erário decorrente do não fornecimento da garantia contratual, conforme previsto na cláusula sexta do respectivo ajuste. Explico. Embora tenha P.R.M Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI incorrido em falhas na execução contratual, conforme apurado no Processo Administrativo n.º 03/2019, a SEDUC realizou a retenção do montante de R\$ 455.003,22, conforme reconhecido pela própria defesa da empresa em questão. Este valor supera aquele devido a título de garantia contratual, de R\$ 375.505,09. Ou seja, embora não fornecida a garantia em questão, o valor retido em decorrência do processo administrativo formalizado acabou por assegurar que a Administração não sofresse pelos prejuízos e danos causados pela inexecução contratual por parte da empresa contratada.

Não houve, pois, prejuízo ao erário em decorrência do não fornecimento da garantia pela P.R.M Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI, tampouco inércia da gestão da SEDUC em diligenciar para fazer cumprir o ajuste firmado, seja no envio dos ofícios solicitando o fornecimento da garantia contratual, seja na abertura do Processo Administrativo n.º 03/2019, que culminou na retenção de valores pela Administração.

Por seu turno, no caso da Rc Nutry Alimentação LTDA, percebo não ter a auditoria apurado qual teria sido o valor cobrado pela empresa para apresentação da garantia à Administração. Embora tenha identificado que, na proposta de preços apresentada, foram incluídos custos como “seguros” e “quaisquer outros custos incidentes sobre o objeto desta licitação”, não trouxe precisamente em qual percentual a garantia onerou o contrato firmado.



E, com a devida vênia, parece-me frágil utilizar, por analogia, o percentual de 2%, adotado pela P.R.M Serviços e Mão de Obra Especializada EIRELI, para cálculo do valor que deveria ser ressarcido pela Rc Nutry Alimentação LTDA em face da cobrança de garantia contratual não fornecida. Seria necessária, no meu entendimento, base mais alargada, não se limitando ao percentual estipulado por uma única empresa. Dito de outra forma, não se rejeita, em tese, a possibilidade de arbitramento, mas, em concreto, o critério adotado padece de robustez, porque fundado em amostra unitária.

Outrossim, constato ter a auditoria identificado apenas duas falhas na execução dos serviços pela Rc Nutry Alimentação LTDA. No entanto, no quadro de valores passíveis de devolução não se especificou os montantes associados a essas falhas; focando a nossa auditoria no ressarcimento do valor da garantia não fornecida (item já tratado neste voto).

Por fim, no tocante à **insuficiência de controle sobre as metas e recursos repassados via contrato de gestão firmado com a CEASA /OS**, esclarece, de logo, a auditoria que foi formalizado o Contrato de Gestão n.º 390/2014, tendo por objeto “a execução do Programa de Alimentação Escolar da Secretaria de Educação, bem como a implantação do Programa de Reestruturação Técnica e Operacional e Monitoramento do abastecimento do material escolar, fardamento escolar e outros materiais e suprimentos visando atender os alunos da Rede Municipal de Ensino do Recife, contemplando todos os serviços previstos no Termo de Referência”, sendo pago em 2019, em decorrência do quinto e sexto termo aditivo, o montante R\$ 9.300.000,00.

Expôs que, embora quase a totalidade das metas conste como atingida, a gestão não apresentou documentos que lhes dessem suporte, tendo a auditoria concluído que as metas eram ajustadas para se adequar à situação fática ocorrida, de modo que a meta pactuada se ajusta ao resultado alcançado pela CEASA. Trouxe como exemplo as seguintes metas:

SUBMETAS
4.1 Realizar, sistematicamente, a avaliação do estado nutricional de forma antropométrica com os estudantes das creches, contemplando, em cada unidade visitada, 68% do CENSO dos estudantes matriculados. Caso a frequência escolar diária esteja inferior ao percentual censitário (68%), deve-se avaliar todos os alunos presentes no dia da visita.
4.2 Realizar, sistematicamente, a avaliação do estado nutricional de forma antropométrica com os estudantes das escolas (ensino regular e integral), contemplando, em cada unidade escolar visitada, 68% do CENSO dos estudantes matriculados no turno (manhã ou tarde). Caso a frequência escolar diária esteja inferior ao percentual censitário (68%), deve-se avaliar todos os alunos presentes no turno correspondente.



Para fins de apuração do quantitativo de estudantes que deveriam ser avaliados, a auditoria tomou por base o censo de estudantes matriculados e identificou que para a submeta 4.1 deveriam ser avaliados 4.118 (68%) estudantes das creches, enquanto que na submeta 4.2 deveriam ser avaliados 51.923 (68%) estudantes matriculados no turno (manhã ou tarde). Na prática, entretanto, para a submeta 4.1 foram avaliados apenas 1.404 estudantes no segundo quadrimestre, o equivalente a 34,09%, enquanto que para submeta 4.2 foram avaliados 22.315 estudantes no terceiro quadrimestre, o equivalente a 42,98%. Apesar disso, no relatório quadrimestral de acompanhamento, consta como se as submetas tivessem sido atingidas 100%, ou seja, que teriam sido avaliados 68% dos estudantes matriculados, o que não teria ocorrido.

Ainda, apontou que, na apresentação das metas, apesar de constar diversas vezes como resultado alcançado zero, a meta foi considerada como atingida em sua integralidade (100%), conforme quadro a seguir:

REESTRUTURAÇÃO TÉCNICA E OPERACIONAL E MONITORAMENTO DE ABASTECIMENTO DE MATERIAL ESCOLAR - PCR 2019 - 1º QUAD. 19					
META	AÇÕES	UND MEDIDA	META PROPOSTA	RESULTADO ALCANÇADO	%
I As compras realizadas a que foi comparado, quando foi comparado de quem foi comprado, quantidades adquiridas e valor das despesas, o que foi recebido e o que falta receber.	Prazo para disponibilização de notas fiscais recebidas para o setor responsável pelo pagamento não superior a 12 horas a contar da finalização do processo de recebimento. Para as cargas recebidas com pendência (eventualmente autorizadas pela Secretaria Municipal de Educação) e prazo apenas se inicia com a resolução da pendência.	UND	80	80	100,00%
	Prazo para disponibilização das imagens dos documentos enviados no recebimento (nota fiscal, autorizações, etc.) não superior a 5 dias a contar da finalização do processo de recebimento. Para as cargas recebidas com pendência (eventualmente autorizadas pela Secretaria Municipal de Educação) e prazo apenas se inicia com a resolução da pendência.	UND	129	129	99,21%
	Notificação em relação a problemas no processo de recebimento, considerando procedentes pelo contratante após resposta de carência) não superior a 2% do total de recebimentos no período.	UND	3	0	100,00%
II As estoque: Controle saldos, idades, validade e valor das estoques dos produtos.	Prazo para disponibilização do produto em estoque de 24 horas a contar do início do processo de recebimento. Para as cargas recebidas com pendência (eventualmente autorizadas pela Secretaria Municipal de Educação) e prazo apenas se inicia com a resolução da pendência.	UND	1.436.157	1.436.157	100%
	Notificação em relação a divergências de estoque, considerando procedentes pelo contratante após resposta de carência) não superior a 2% do total de itens armazenados no período.	UND	1	0	100%
III As expedições a que foi expedido, quando foi expedido, para quem foi expedido, quantidades expedidas e valor das expedições.	Cumprimento do prazo estabelecido para entrega de no mínimo 85% do total de entregas realizadas no período.	UND	3.985	3.983	100,00%
	Prazo para disponibilização das imagens dos documentos enviados no processo de expedição (comprovantes) não superior a 5 dias a contar da data da entrega do produto.	UND	3.974	3.973	99,21%
	Notificações em relação a problemas no processo de expedição, considerando procedentes pelo contratante (nota resposta de carência) não superior a 5% do total de expedições realizadas no período.	UND	150	0	100,00%
IV A estrutura operacional e de transporte: Estrutura adequada, que preserve a qualidade e integridade dos bens armazenados.	Estrutura física, de pessoal e de veículos que se adequa às necessidades do fone a atender as demandas e necessidades da Secretaria Municipal de Educação.	UND	0	0	100%

Pois bem.

Percebo que as submetas 4.1 e 4.2, de “diagnóstico nutricional dos estudantes”, apesar de determinarem que a avaliação deveria contemplar 68% do censo dos estudantes matriculados, traziam ressalva que “caso a frequência escolar diária esteja inferior ao percentual censitário (68%), deve-se avaliar todos os alunos presentes no dia da visita ou no turno correspondente”. O percentual exigido (68%) poderia ser relevado diante das circunstâncias fáticas que impedissem o seu atingimento integral.

A par disso, tenho que, de certa forma, parece-me incongruente que o “resultado alcançado” tenha sido de 100% quando a própria gestão da SEDUC reconheceu que, em relação a submeta 4.1, “não alcançou 100% de desempenho, devido as justificativas descritas a seguir: Assembleia Geral e Conselho Pedagógico, não sendo possível a realização da Avaliação do Estado Nutricional no momento da visita”. É certo que não houve descumprimento das normas e metas



estabelecidas, já que a atuação da contratada se deu no limite do possível, ou seja, apesar de não ter dado cumprimento à avaliação de 68% dos estudantes, percentual exigido nas submetas, foram realizadas as avaliações de todos os estudantes presentes nos dias das visitas, conforme exigido nas próprias submetas. Ou seja, não houve seu descumprimento, por existir ressalva neste sentido, mas, de igual forma, não foi atingida 100% da meta traçada, qual seja, contemplar 68% do censo dos estudantes matriculados.

Vale dizer, embora não tenha havido descumprimento das metas e submetas traçadas, não foi atingido em sua completude o fim almejado. Pondero que não se trata propriamente de um erro. Tampouco (e aqui com as devidas vênias à nossa auditoria) de “que a análise das metas está sendo feita de forma superficial, ou pró-forma”. Não se pode perder de vista de que houve detalhamento esmiuçado da situação fática nas notas explicativas dos relatórios apresentados, ou seja, foi esclarecido, pontualmente, a impossibilidade de atingimento das submetas em face dos contornos fáticos apurados quando das visitas realizadas. Não houve, a meu sentir, tentativa de maquiar os dados apurados ou de burlar a avaliação dos resultados obtidos, mas tão somente aplicação inapropriada do percentual de cumprimento das metas e submetas, no sentido de que, no âmbito fático, concreto, a totalidade dos alunos presentes nas datas de avaliação representava um percentual bem menor do que 68%, estabelecido nas metas em tela.

Já quanto às metas com resultado alcançado zero, mas com percentual de 100% de cumprimento, percebo que as ações determinadas são referentes a notificações de falhas ou irregularidades apuradas no decorrer da prestação dos serviços avençados, ou seja, o resultado de zero notificações é positivo, a indicar que, a princípio, não houve falhas identificadas e reportadas. *In casu*, fica evidente que as metas pactuadas indicam que problemas e falhas são toleradas até um certo quantitativo previsto, de modo que o atingimento da meta se dá quando não ultrapassado aquele limite pactuado, isto é, que quanto menor o resultado alcançado, melhor foi a execução dos serviços. Assim, se os “resultados alcançados” foram de zero notificações, a meta foi atingida integralmente (100%), já que não ultrapassou o limite previsto.

Isso posto,

VOTO pelo que segue:

ILEGITIMIDADE PASSIVA.
DESCRIÇÃO DAS CONDUTAS
PELA AUDITORIA. RELAÇÃO,
EM TESE, COM AS
IRREGULARIDADES
APONTADAS. NÃO



ACOLHIMENTO. FALHAS DESPROVIDAS DA NOTA DE GRAVIDADE.

1. Não cabe ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, quando a auditoria, ao descrever os atos que guardam relação com as irregularidades, apontou as respectivas condutas recrimináveis dos gestores; devendo ser reservados ao exame de mérito o conhecimento e aquilatação, em concreto, das circunstâncias fático-jurídicas concernentes à responsabilização.

2. É de se julgar regulares com ressalvas as contas, quando as irregularidades trazidas à lume pela auditoria não ostentam, em concreto, gravidade.

CONSIDERANDO que não cabe ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, tendo a auditoria, ao descrever os atos que guardam relação com as irregularidades, apontado as respectivas condutas recrimináveis; devendo ser reservados ao exame de mérito o conhecimento e aquilatação, em concreto, das circunstâncias fático-jurídicas concernentes à responsabilização;

CONSIDERANDO que não se pode falar em inércia do controle interno com fulcro, unicamente, na ausência de instauração de procedimento de auditoria interna; não tendo, ademais, o corpo técnico deste Tribunal apontado eventuais recomendações ou determinações, expedidas no bojo de processos de prestação de contas de exercícios anteriores, que não teriam sido objeto do devido tratamento pelo controle interno;

CONSIDERANDO que a alimentação intempestiva do sistema LICON não implicou em sonegação de informações, não tendo obstado ou mesmo dificultado os trabalhos da auditoria;

CONSIDERANDO que, a despeito da previsão no termo de referência de obrigação futura, não foi firmado contrato com a empresa Mindlab; devendo ser ponderado, contudo, que tal falha não foi associada a desdobramento negativo, tendo o serviço sido prestado;

CONSIDERANDO que, ainda que inobservada a prestação de garantia nos contratos de merenda escolar firmados com a P.R.M Serviços e a



RC Nutry, a gestão da SEDUC não se quedou inerte, tendo enviado os Ofícios n.º 075/2019, n.º 076/2019, n.º 077/2019 e n.º 080/2019 (doc. 145 dos autos eletrônicos) solicitando que as empresas apresentassem a garantia contratual avençada, bem assim instaurando o Processo Administrativo n.º 03/2019, que resultou na retenção do montante de R\$ 455.003,22 em favor da Administração;

CONSIDERANDO que as falhas na aferição do cumprimento de metas relativas ao Contrato de Gestão n.º 390/2014 não foram significativa a ponto de macular a presente prestação de contas;

André José Ferreira Nunes:

CONSIDERANDO o disposto nos artigos 70 e 71, inciso II , combinados com o artigo 75, da Constituição Federal, e no artigo 59, inciso I, da Lei Estadual nº 12.600/04 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco);

JULGAR regulares as contas do(a) Sr(a) André José Ferreira Nunes, relativas ao exercício financeiro de 2019

BERNARDO JUAREZ D ALMEIDA:

CONSIDERANDO o disposto nos artigos 70 e 71, inciso II , combinados com o artigo 75, da Constituição Federal, e no artigo 59, inciso II, da Lei Estadual nº 12.600/04 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco);

JULGAR regulares com ressalvas as contas do(a) Sr(a) BERNARDO JUAREZ D ALMEIDA, relativas ao exercício financeiro de 2019

BIANCA BOMFIM SOARES LIMA:

CONSIDERANDO o disposto nos artigos 70 e 71, inciso II , combinados com o artigo 75, da Constituição Federal, e no artigo 59, inciso I, da Lei Estadual nº 12.600/04 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco);

JULGAR regulares as contas do(a) Sr(a) BIANCA BOMFIM SOARES LIMA, relativas ao exercício financeiro de 2019

EDITE ULISSES SAMPAIO:



CONSIDERANDO o disposto nos artigos 70 e 71, inciso II, combinados com o artigo 75, da Constituição Federal, e no artigo 59, inciso II, da Lei Estadual nº 12.600/04 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco);

JULGAR regulares com ressalvas as contas do(a) Sr(a) EDITE ULISSES SAMPAIO, relativas ao exercício financeiro de 2019

RECOMENDAR, com base no disposto no artigo 69, parágrafo único da Lei Estadual nº 12.600/2004, ao atual gestor do(a) Secretaria de Educação do Recife, ou a quem o suceder, que atenda as medidas a seguir relacionadas:

1. Alimentar tempestivamente, nos prazos previstos no art. 5º da Resolução TC n.º 24/2016, o Módulo de Licitações e Contratos – LICON, do Sistema de Acompanhamento da Gestão dos Recursos da Sociedade – SAGRES, com todos os contratos formalizados pela Administração;
2. Fornecer, quando do envio da prestação de contas, os dados do titular do órgão, conforme previsto na Resolução TC n.º 25/2017;
3. Formalizar o respectivo termo contratual nos ajustes firmados com os contratados pela Administração, sobretudo quando não se enquadrarem na hipótese autorizadora de sua dispensa.

Este é o voto.

OCORRÊNCIAS DO PROCESSO

NÃO HOUVE OCORRÊNCIAS.

RESULTADO DO JULGAMENTO

Presentes durante o julgamento do processo:



CONSELHEIRO SUBSTITUTO RUY RICARDO HARTEN , relator do processo

CONSELHEIRO MARCOS LORETO , Presidente, em exercício, da Sessão : Acompanha

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR : Acompanha

Procurador do Ministério Público de Contas: GUSTAVO MASSA

Houve unanimidade na votação acompanhando o voto do relator.