



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

INTEIRO TEOR DA DELIBERAÇÃO

42ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO REALIZADA EM 14.12.2016

PROCESSO TCE-PE Nº 1506521-2

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA SRA. MARIA MIRTES CORDEIRO RODRIGUES, SECRETÁRIA DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES NO EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2010, AO ACÓRDÃO T.C. Nº 0917/15 (PROCESSO TCE-PE Nº 1104331-3) COMPLEMENTADO PELO ACÓRDÃO T.C. Nº 1281/15 (PROCESSO TCE-PE Nº 1504266-2)

ADVOGADO: DR. PAULO ROBERTO DE CARVALHO MACIEL - OAB-PE Nº 20.836

PROCESSO TCE-PE Nº 1507439-0

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, REPRESENTADO PELA PROCURADORA DRA. GERMANA LAUREANO, AO ACÓRDÃO T.C. Nº 0917/15 (PROCESSO TCE-PE Nº 1104331-3) COMPLEMENTADO PELO ACÓRDÃO T.C. Nº 1281/15 (PROCESSO TCE-PE Nº 1504266-2)

ADVOGADO: DR. HENRIQUE DE ANDRADE LEITE - OAB/PE Nº 21.409

RELATOR: CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR
PRESIDENTE EM EXERCÍCIO: CONSELHEIRO MARCOS LORETO

RELATÓRIO

Cuidam os autos de dois Recursos Ordinários interpostos com vistas a reformar o Acórdão T.C. nº 0917/15, da Segunda Câmara desta Corte, emitido nos autos do Processo TCE-PE nº 1104331-3, referente à Prestação de Contas de Gestor Municipal, exercício de 2010, da Prefeitura Municipal de Jaboatão dos Guararapes, complementado que foi pelo Acórdão T.C. nº 1281/2015, prolatado no âmbito do Processo de Embargos de Declaração TCE-PE nº 1504266-2, os quais culminaram no julgamento pela IRREGULARIDADE das contas da Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, então Secretária de Educação; pela REGULARIDADE daquelas do Sr. Henrique de Andrade Leite, Secretário de Assuntos Jurídicos; e pela REGULARIDADE COM RESSALVAS das contas das demais pessoas relacionadas pela equipe de auditoria.

O primeiro deles é o Recurso TCE-PE nº 1506521-2, da lavra da Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues; o segundo, TCE-PE nº 1507439-0, interposto pelo Ministério Público de Contas, por meio da Ilustre Procuradora Dra. Germana Galvão Cavalcanti Laureano.

Convém salientar que a Segunda Câmara, por maioria dos votos, vencido o Exmo. Relator Conselheiro Substituto Ricardo Rios, em sede do processo original de Prestação de Contas, decidiu não imputar as responsabilidades apontadas pela equipe de auditoria ao então Prefeito, Sr. Elias Gomes da Silva, em função da vigência de Lei Municipal específica



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

afastando-o das atribuições de ordenador de despesas. Por essa razão, o Exmo. Conselheiro Marcos Loreto proferiu voto alternativo que foi seguido pela Presidente, Exma. Conselheira Teresa Duere, posto que, em seu entendimento, as irregularidades apuradas não teriam o condão de contaminar as contas de Governo. Dessa forma, as contas de gestão do Prefeito foram julgadas regulares.

As irregularidades apontadas pela auditoria estão listadas às fls. 9119 a 9122, v. 46 dos autos do processo original (apensado), as quais transcrevo sinteticamente:

4.1 Despesas com multas e juros de mora;

4.2 Despesas que ferem princípios basilares da Administração Pública Princípios constitucionais do interesse público da economicidade, da razoabilidade e da eficiência;

4.3 Não encaminhamento dos atos de admissão de pessoal a esta Corte de Contas;

4.4 Irregularidades em contratos de aluguéis;

4.5 Remuneração dos professores contratados inferior ao piso nacional;

4.6 Burla ao Princípio do concurso público;

4.7 Irregularidade no aditamento de contrato;

4.8 Irregularidades nas contratações de atrações artísticas;

4.9 a 4.14 Irregularidades nos processos licitatórios Ns° 022/2010, 011/2010, 03/2010 044/2010, 063/2010, 017/2010 e 029/2009, pregão N° 012/2009.

Ao final dos processos de prestação de contas e embargos de declaração, restaram entendidas como passíveis de reprimendas as seguintes falhas e responsáveis:

Em relação à embargante Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues

- a- Não pagamento do Piso Nacional aos profissionais do magistério, estabelecido na legislação federal;
- b- Ausência de comprovação de que a renovação contratual seria a proposta mais vantajosa para a Administração, em descumprimento ao estabelecido no inciso II do artigo 57 da Lei n° 8.666/93, bem como indícios de envolvimento da empresa Geraldo J. Coan & Cia com a "máfia da merenda";



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

c- Contratação irregular de profissionais por meio de OSCIP, em flagrante descumprimento ao artigo 37, incisos II e IX, da Constituição Federal;

d- Ausência de justificativa da escolha, de comprovação da singularidade do produto e da justificativa do preço na aquisição de 5.000 exemplares do livro "Psicologia de combate às drogas", representando ofensa ao artigo 26, "caput", e incisos II e III da Lei nº 8.666/93;

e- Conduta negligente no que diz respeito à conservação do patrimônio público, tipificada no inciso X do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), visto o descaso na distribuição dos livros adquiridos;

f- Várias irregularidades no **Pregão Presencial nº 012/2009** (Processo Licitatório nº 029/2009), para fornecimento de kits de fardamento destinado aos estudantes da educação básica, professores e funcionários técnicos e administrativos da rede municipal, com o valor total estimado de R\$ 11.613.942,64 (onze milhões, seiscentos e treze mil, novecentos e quarenta e dois reais e sessenta e quatro centavos). Destacam-se as seguintes irregularidades neste processo licitatório:

- 1- Escolha desarrazoada da empresa;
- 2- Cerceamento de competitividade na licitação;
- 3- Irregularidades na entrega e distribuição dos kits escolares;
- 4- Descumprimento do prazo de entrega dos uniformes escolares;
- 5- Ausência de formalização do contrato, descumprindo cláusula editalícia, que gerou a impossibilidade de aplicação de qualquer sanção pela entrega parcelada dos bens adquiridos;
- 6- Apesar de expressa proibição do edital da licitação, observou-se a subcontratação do objeto;
- 7- Falta de controle de estoque e distribuição dos kits;
- 8- Irregularidades na liquidação da despesa, fato que contrariou as disposições contidas nos artigos 62 e 63 da Lei Federal nº 4.320/1964, bem como no art. 15, § 8º, da Lei Federal nº 8.666/1993;
- 9- Indícios de superfaturamento na aquisição dos kits.

Esclareceu o Exmo. Conselheiro Marcos Loreto, em seu voto vencedor, que os fatos acima transcritos ocorreram, todos, no âmbito da Secretaria de Educação do Município do Jaboatão dos Guararapes, na gestão da Senhora Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, então Secretária Municipal. Não caberia, dessa forma, "imputação de responsabilidade ao Prefeito Municipal, bem como às demais pessoas citadas no Relatório de Auditoria."



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Em relação ao embargante Edir Pinto Peres

O Exmo. Relator dos Embargos, Cons. Marcos Loreto, considerou ter havido equívoco no Acórdão atacado, posto que ao mesmo fora imputada, tão somente, a responsabilidade pelo não envio de atos de pessoal ao Tribunal, conforme determina as normas desta Corte. Entendeu, então, o relator, que esse fato seria insuficiente para julgar suas contas irregulares e votou pela alteração da decisão para regulares, com ressalvas, deixando de aplicar multa diante da previsão contida no § 6º do art. 73 da Lei Orgânica desta Corte (redação original).

Em relação ao embargante Henrique de Andrade Leite

O Relator entendeu ter razão o embargante, uma vez constatado pela auditoria que o mesmo participara apenas como subscritor de um parecer de aditivo contratual, não lhe tendo sido imputada responsabilidade no voto vencido do Relator original, tampouco no voto divergente, e vencedor, no processo original, razão porque alterou para regulares as contas do embargante.

Os demais ordenadores de despesas listados às fls. 9106 à 9109 (v. 46) dos autos do processo de prestação de contas TCE-PE nº 1104331-3, não signatários dos embargos de declaração, tiveram as suas contas julgadas regulares com ressalvas e receberam a devida quitação, conforme se pode verificar no Acórdão primitivo TC nº 0917/15.

Uma vez não conferido o efeito modificativo aos seus embargos declaratórios, a Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues impetrou o recurso ordinário TCE-PE nº 1506521-2, o qual foi apensado ao recurso do MPCO, por lhe ser correlato. Por essa razão, elaborei relatório conjunto e proferirei, nesta mesma oportunidade, os votos relativos aos dois processos em análise.

Em seu recurso, a Sra. Mirtes Cordeiro apresenta suas contrarrazões em tópicos alusivos às irregularidades que lhes restaram imputadas após o julgamento dos embargos declaratórios, contra o qual ora se insurge. Vejamos, em síntese, as alegações da recorrente, obedecendo a ordem tópica imposta pela peça recursal.

"III - DA IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA SECRETÁRIA POR ATOS APONTADOS. INEXISTÊNCIA DE ATUAÇÃO DIRETA DA GESTORA MAIOR"

• A complexidade da gestão, pelas características específicas do município, levou à descentralização de



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

atribuições e, conseqüentemente, à delegação de funções, não cabendo diretamente à recorrente a execução de todas as atividades da Secretaria de Educação, da qual era a titular;

- Não era a única ordenadora de despesas da Secretaria, de modo que não lhe poderia ser imputada a responsabilidade pela totalidade dos atos ali praticados;

- A responsabilização do agente público deve obedecer aos cânones da Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, que prescreve a regra de que a responsabilização de servidor público somente se imputa diante de ato ou omissão antijurídica, praticado com culpa ou dolo, que enseje dano material ou moral, devendo ser apurado o grau de envolvimento individual e o nexó causal, evitando-se a responsabilização indistintamente a todos os ordenadores de despesas, sob pena de caracterizar-se a responsabilidade objetiva do agente *"...de todo afastada pelo nosso ordenamento."* (cita o voto e o Acórdão nº 54/2006, do TCU, à fl. 22 dos autos do recurso TC Nº 150521-2).

- O relatório de auditoria e o Acórdão atacado não individualizaram as condutas de cada responsável, de modo a identificar quem praticou os atos, quais os meios empregados, os malefícios que produziram e os respectivos motivos. Somente assim, examinando-se a conduta de cada um dos responsáveis, poder-se-ia apontar com retidão as respectivas culpabilidades. Em assim não se procedendo, comprometeu-se o princípio da ampla defesa e do contraditório, posto que *"...a instauração de processo em desfavor de alguém que não praticou os atos que ensejaram sua instauração denota verdadeira dificuldade, quiçá impossibilidade, de contraditar as alegações, pelo simples fato de desconhecê-los."* (cita o Acórdão 247/2002, do TCU, à fl.13).

- A função maior de comando, no caso, de Secretária Municipal, não pode prescindir da colaboração de diversos servidores, amplamente capacitados para o desempenho de suas funções, em especial aqueles envolvidos com a realização de licitações, contratos e emissão de pareceres jurídicos, de modo que não lhe parece razoável ser-lhe exigida competência técnica para divergir dos posicionamentos técnico-jurídicos emitidos por tais agentes, de forma que a culpa por *"...supostas falhas perpetradas sob a supervisão de agentes técnicos específicos com autonomia para praticar o ato e por ele responder (...)* deve ser direcionada a cada agente na medida de sua culpabilidade."

- As falhas apontadas decorrentes *"...de imperfeições no tocante a procedimentos licitatórios, irregularidades na*



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

execução de contratos, contratações de OSCIPs e estagiários, que não tiveram a ingerência direta e essencial da ora recorrente na realização do ato (...) (irregularidades na entrega e distribuição dos kits escolares, descumprimento do prazo de entrega dos uniformes, subcontratação do objeto, falta de controle de estoque e distribuição de kits, etc) são agir típicos dos funcionários responsáveis pelas respectivas áreas (...) que não podem ser realizados, até mesmo por razões humanas, pela ora recorrente."

"IV - REMUNERAÇÃO DOS PROFESSORES CONTRATADOS INFERIOR AO PISO NACIONAL"

- Neste item, a recorrente alega que ao tempo da auditoria a gestão assumira havia aproximadamente um ano, sendo certo que o Prefeito Elias Gomes herdara um verdadeiro caos administrativo, sem procedimento de transição e que, por essa razão, em 2010 o município ainda estava ajustando as contas públicas, inclusive com as necessárias modificações legislativas, a fim de atender às exigências da Lei do Magistério. Ao final, cita o Acórdão T.C. N° 391/12 (fl.44), deste TCE, que deliberou pela regularidade com ressalvas da auditoria especial realizada nas contas da Prefeitura de Xexéu, exercício 2011, contendo irregularidade da mesma natureza.

"V - BURLA AO CONCURSO PÚBLICO"

Aqui, insurge-se a recorrente contra a conclusão do Acórdão recorrido a respeito da contratação de estagiários e servidores temporários que, em conjunto, atentariam contra o princípio do concurso público. São as seguintes as suas alegações:

- A contratação de estagiários, aduz, destinou-se ao exercício de funções de apoio à Educação Especial, tendo sido obedecidos os requisitos da lei específica (não diz qual) e da Instrução Normativa SEDUC n° 01/2010, que prevê a presença de um auxiliar em todas as turmas da Educação Infantil, função essa desempenhada pelos estagiários. Esclarece que a presença em sala de aula em substituição a professor teve caráter transitório, a fim de evitar prejuízos pedagógicos aos alunos, enquanto eram concluídos os trâmites burocráticos relativos à homologação, posse e exercício dos profissionais aprovados no concurso de provas e títulos realizado no ano de 2009/2010. Acrescenta que a bolsa-auxílio foi paga em conformidade com o artigo 12, da Lei 11788/2008 e que a supervisão das atividades foi devidamente executada, conforme relatório de atividades disponibilizado pelo CIEE.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

- Em relação às contratações temporárias, alega que a matéria já é superada, que o entendimento da auditoria acatado pelo Acórdão não é a melhor interpretação desse instituto, além de afrontar disposições de leis estaduais e federais. Alega a recorrente, repetindo os mesmos argumentos da sua defesa prévia, que as contratações seguiram lei municipal reguladora (Lei nº 99/2001), a qual está em simetria com legislação estadual (Lei nº 10.954/1993, que estabelece, em casos específicos, a contratação por até 24 meses, podendo ser prorrogável por igual período) e com a Constituição Federal (art.37, inciso IX). Citou Lei Federal (de nº 8.745/93) que permitiria contratações por até 6 anos, como também deliberação deste Tribunal que teria julgado legais contratações temporárias realizadas pela Prefeitura Municipal de Bonito, onde Lei Municipal previa o prazo de 48 meses.
- Que os contratos temporários auditados destinaram-se a serviços públicos essenciais, a exemplo de saúde, educação e limpeza, e que os atos impugnados não podem ser entendidos como ímprobos, posto que não feriram os princípios constitucionais atinentes à matéria, não frustraram direitos de terceiros e, muito menos, configuraram má-fé. Cita extensa jurisprudência do TRF 5ª Região, STJ e STF (fls. 52 a 28).

"VI - IRREGULARIDADE NO ADITAMENTO DE CONTRATOS"

Neste item, o Acórdão guerreado manteve a anotação da auditoria relativa à ausência de demonstração da vantajosidade da renovação dos contratos 029 e 031/2006, destinados ao fornecimento de merenda escolar, aditados que foram a despeito das irregularidades elencadas no Acórdão TCU Nº 675/2011 (fls. 4244 a 4269 dos autos originais). Vejamos os argumentos da recorrente:

- que os serviços contratados foram prestados com boa qualidade e que o preço unitário fora compatível com os praticados no mercado, sendo certo que a auditoria não mencionou qualquer tipo de dano ou prejuízo ao erário. Afirma que ao final da vigência inicial dos contratos o valor era de R\$ 0,99, enquanto nos pregões da Prefeitura do Recife, PP nº 001/2009, R\$ 1,03; da concorrência 008/2005, da Prefeitura do Cabo, R\$ 1,18 para escolas e R\$ 3,55 para creches; na concorrência 009/2005, também do Cabo de Sto. Agostinho, R\$ 1,18, para o PETI; na PP nº 05/2007, da Prefeitura de Ipojuca, R\$ 1,18. Assegura que esses dados poderiam ser facilmente comprovados pela equipe de auditoria do TCE.
- Que esta Corte de Contas considera que esse tipo de falha não constitui motivo para rejeição de contas (cita os Acórdãos T.C. Nºs 930,469,443 e Decisões nºs 0821 e 0166, todos de 2011, às fls. 59 a 64).



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

- Esclarece, no caso do contrato n° 029/2006, rescindido unilateralmente pelo Município, segundo a auditoria, no final do exercício financeiro de 2008 ("ao apagar das luzes" da gestão do Sr. Newton D'Emery Carneiro), que a SEDUC anulou tal decisão por vícios de legalidade, a exemplo da ausência do contraditório, como também por inconveniência administrativa, uma vez que a Administração Municipal restaria vinculada a apenas um fornecedor de merenda escolar.
- Que o novo certame licitatório realizado em 2011 (PP n° 014/2011) atendeu às recomendações do TCU, ampliando a quantidade de fornecedores e que o fato de não haverem localizado o processo que deu origem aos contratos auditados não prejudica a formalização dos aditivos combatidos pela auditoria, uma vez que documentos outros, tais como termos anteriores, planilhas, requerimentos outros, etc, permitiram a averiguação da vantajosidade dos preços. Acrescenta que o TCE poderia, caso entenda necessário, requerer cópia do processo ao TCU.

"VII - IRREGULARIDADES NO PROCESSO LICITATÓRIO N° 044/2010 - INEXIGIBILIDADE 004/2010. CONTRATAÇÃO DE OSCIP."

Neste item, relativo à contratação da OSCIP Universidade da Juventude, houve o apontamento do descumprimento da Decisão T.C. n° 1134/2004, uma vez que não foi realizado o necessário concurso nem contratação temporária para a execução do Programa Juventude e Cidadania Ativa, destinado a 900 alunos da rede municipal de ensino e grêmios estudantis.

São as seguintes as alegações da recorrente:

- Que a contratação destinara-se à execução de um projeto, e não de um programa, tendo, portanto, "*...começo, meio e fim programados e bem definidos...*", diferentemente das atividades de rotina, nesse caso, o resultado da ação é novo, qual seja, a "*...preparação de 30 multiplicadores (...) com a participação apenas de 01 facilitador e 02 especialistas da Universidade da Juventude, não sendo necessária a realização de CONCURSO PÚBLICO ...*".
- Que houve equívoco interpretativo dos auditores, porque o foco do projeto não era a intermediação de mão de obra via Pessoa Jurídica, posto que as atividades destinaram-se à capacitação e formação com prazos e quantitativos definidos (tabelas às fls. 68 a 70 dos autos do recurso ordinário).
- Que a Universidade da Juventude, apesar de sua qualificação como OSCIP, não fora contratada como tal, ou



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

seja, com os privilégios da Lei, mas como "...qualquer outra Empresa com os descontos e impostos que a Lei Tributária requer e por ser a única Empresa detentora do Curso Juventude e Cidadania Ativa e outros Projetos..." ganhadora, inclusive, de prêmio internacional do North-South of the Council of Europe.

- Que não houve ato de improbidade administrativa, uma vez que não há demonstração comprovada de má-fé nem indicativo de beneficiamento da recorrente ou de terceiros. Admite que podem ter ocorrido enganos, falhas formais, mas nunca a improbidade da maneira como lhe definem a doutrina e jurisprudência. Cita diversos julgados do STJ e do TRF (fls. 71 a 76).

"VIII - IRREGULARIDADES NO PROCESSO LICITATÓRIO N° 063/2010 - INEXIGIBILIDADE N° 010/2010. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DO PREÇO"

Os auditores concluíram pela irregularidade do processo de inexigibilidade para aquisição de 5.000 exemplares do livro Psicologia de Combate às Drogas, posto que consideraram que não foram caracterizadas a escorreita justificativa para escolha do objeto, a sua singularidade, a comprovação da exclusividade do fornecedor nem, tão pouco, a justificativa do preço, em desconformidade com o disposto no caput, parágrafo único e incisos I e II do artigo 26 da Lei 8666. Os auditores constataram, ainda, que não houve a correta distribuição de 510 livros e o adequado acondicionamento dos mesmos em estoque.

A recorrente alega que:

- A escolha do livro decorreu do escopo de abrangência da obra, que incluía aspectos religiosos entendidos como relevantes pela Prefeitura, o que não se vê nos exemplos citados pela auditoria.
- Que deveria ser aplicado ao caso o Princípio da Insignificância, haja vista que o estoque remanescente não distribuído (510 livros) representou apenas 10% do total adquirido.

"IX - IRREGULARIDADES NO PROCESSO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO N° 007/2010"

O Acórdão guerreado corroborou as constatações da auditoria relativas à contratação da OSCIP Instituto Pro-Cidadania, ocorrida com base na dispensa prevista no inciso XIII, artigo 24 da Lei 8666, sem pesquisa de preços de mercado, como também de que a Prefeitura mantinha em seu



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

quadro de cargos comissionados um membro do Conselho Fiscal da OSCIP contratada, bem como a filha do seu Diretor-Presidente. O primeiro, como assessor jurídico da Secretaria de Gestão da Receita; a segunda, Gerente de Articulação e Promoção das Políticas para a Juventude, da Secretaria Especial da Juventude.

A recorrente argumenta em sua peça que a própria auditoria afirmou que a Secretaria Municipal de Promoção Humana e Assistência Social atestou que os preços apresentados pelo Instituto eram compatíveis com o mercado. Além disso, afirma que não existia óbice legal à nomeação dos dois servidores citados, sendo certo que ambos não exerciam atividades executivas na OSCIP nem qualquer atividade na Prefeitura em que pudessem exercer influência na contratação impugnada.

"X - IRREGULARIDADES NO PROCESSO LICITATÓRIO Nº 029/2009 - PREGÃO Nº 012/2009"

Trata-se de licitação para a aquisição de "kits" de fardamento escolar. As irregularidades citadas pela auditoria foram: a) escolha desarrazoada de empresas convidadas para a cotação de preços destinada à fixação dos limites de aceitabilidade do certame; b) cerceamento à competitividade; c) irregularidades na condução do pregão; d) irregularidade na entrega e distribuição dos kits; e) descumprimento dos prazos de entrega; f) ausência de contrato entre a Prefeitura e a empresa vencedora; g) subcontratação indevida; h) inexistência de planejamento e controle de estoques; i) irregularidade na liquidação da despesa; j) preços superfaturados.

Preliminarmente, a recorrente aduz que os argumentos apresentados na sua defesa prévia não teriam sido enfrentados, "motivadamente", pela 2ª Câmara. Alega que demonstrou, desde o início, "à saciedade", a ausência de dolo, má-fé ou prejuízo ao erário, mas apenas, "quando muito", falhas formais incapazes de contaminar suas contas.

Quanto ao mérito, em síntese, as alegações foram as seguintes:

Em relação à escolha das empresas cotantes (a), que as cotações foram feitas com as empresas citadas porque representantes da prefeitura tiveram a oportunidade de conhecer a qualidade dos seus produtos, superior aos conhecidos localmente, inclusive com preços semelhantes. Que esse procedimento não pode ser entendido como ilegal ou imoral, porque não existem limitações "regionais" para a licitação pública e que 58 empresas adquiriram o edital, sendo 48 de Pernambuco. Por fim, aduz que no momento da contratação



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

as empresas não possuíam "mácula em suas atividades" e que ofertaram o melhor preço entre as concorrentes.

No quesito do cerceamento da competitividade (b), que o entendimento dos auditores de que a licitação por "kits" e não por itens prejudicaria a participação de um maior número de empresas, notadamente as de menor porte, não deve prevalecer. Isso porque a legislação somente indica o fracionamento do objeto quando essa prática for técnica e economicamente viável. No caso concreto, a recorrente defende que se a licitação fosse fracionada "*...os alunos jamais teriam o seu fardamento completo no início do ano letivo e, quem sabe, durante todo o semestre. Na realidade o que ocorreria era uma desorganização na Rede Municipal, envolvendo tempo, valor e atendimento ao público-alvo*". Acrescenta, ainda, que 27 empresas afirmaram ter condições de entregar os kits nas condições e prazos estabelecidos no TR, número esse que confirma a competitividade do certame.

Já no que concerne às irregularidades no procedimento do pregão (c), a recorrente afirma que não pode ser responsabilizada por eventuais irregularidades, posto que a condução do certame era de total responsabilidade da Pregoeira, mas que, ainda assim, não poderia corroborar com as assertivas da auditoria de que não teria sido cumprida sequência ordenada de procedimentos estabelecida no art.4º da Lei 10.520/2002, com o fito de favorecer a Empresa Acolari. Afirma que todos os passos da lei foram obedecidos e que o que houve teria sido, tão somente, "*...um equívoco da comissão na disposição das fls. do processo, pois o quadro o qual demonstra a abertura da etapa de lances foi colocado no final do processo às fls. 1454, 1455 e 1456, gerando toda uma confusão na análise do procedimento.*" Por fim, reitera que todas as propostas de preços ficaram abaixo do valor estimado para o citado pregão.

No que se refere à irregularidade na entrega e distribuição dos kits (d), a recorrente alega que o problema da distribuição não foi informado à SEDUC, mas que, mesmo assim, ocorreu um equívoco da tabela elaborada pela auditoria. O que houve foi uma falha residual, em quantidade mínima, representando apenas 10% do total adquirido; que a distribuição por item, ao invés dos kits, foi observado em situações isoladas e mínimas, não se constituindo a regra; e que as caixas de papelão em que foram acondicionados os uniformes eram apropriados. Conclui afirmando que os fardamentos foram entregues, os serviços de entrega realizados e que não houve prejuízo ao erário municipal nem aos alunos, de modo que as exceções identificadas pela auditoria não teriam o condão de configurar a má-fé dos gestores.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Em relação ao descumprimento do prazo de entrega (e), afirma a recorrente que o fardamento começou a ser entregue no prazo estipulado no edital (final de abril, começo de maio/2010), mas que fora interrompido por força da situação de emergência decretada pelo Governo do Estado, decorrente das fortes chuvas ocorridas no mês de junho daquele ano, tendo sido retomada a distribuição do restante do material (cerca de 50%) a partir de agosto, posto que rescindir o contrato, àquela altura, causaria mais danos ainda ao Erário. Considera que não houve prejuízo na distribuição dos calçados e uniformes em decorrência do crescimento dos alunos, como supuseram os auditores, posto que esse crescimento não impediu a boa utilização das peças distribuídas, uma vez que a taxa de crescimento nas faixas etárias dos beneficiários não são significativas. Cita a Decisão T.C. nº 1417/09 para demonstrar que esse tipo de falha não ensejaria a rejeição de contas.

No item (f), inexistência de contrato firmado, a auditoria entendeu que as características do objeto (70.000kits de fardamento com diversos itens e padrões diferentes) em conjunto com as exigências logísticas do edital tornariam obrigatória a pactuação contratual, nos termos do artigo 62 da Lei 8666. Mais ainda, o próprio edital estipulava a existência do contrato, em suas cláusulas 14.1 e 14.2. A recorrente, por seu turno, discorda dessa interpretação, alegando que o processo previa a entrega imediata do objeto e que todas as obrigações do fornecedor estariam previstas nas várias cláusulas do instrumento convocatório. Ressalta que houve o cuidado de se exigir Patrimônio Líquido de 10% dos licitantes, a fim de garantir serem capazes economicamente de atender a demanda da Administração. Por fim, afirma que, se houve atraso na entrega, isso não seria suficiente para descaracterizar o imediatismo do prazo estipulado no edital, sendo, tal fato, de responsabilidade única da empresa fornecedora. Ao final, cita a Decisão TC nº 0397/11 para ilustrar que esse tipo de falha não ensejaria a rejeição das contas.

Da subcontratação indevida (g), a auditoria constatou que a empresa contratada Acolari Ltda. recorreu a terceiros estranhos ao negócio firmado com a Prefeitura do Jaboatão para o fornecimento de tênis, mesmo com cláusula explícita contida no Edital vedando a subcontratação. A recorrente alega que a Acolari, apesar de ser uma empresa especializada no "desenvolvimento e produção de uniformes e kits escolares", não fabrica a "matéria prima", ou seja, o tecido, a tinta, a linha, o couro, etc. Mais ainda, que isso não caracterizaria a subcontratação, pois esta não se confunde com associação, cessão, transferência, fusão, cisão ou mesmo incorporação. No final aduz que, mesmo que assim tivesse sido, a doutrina é



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

majoritária em afirmar que a subcontratação é possível, não é procedimento vedado pela Lei de Licitações.

Da ausência de planejamento e de controle de estoques

(h). A recorrente discorda do apontamento de que não teria havido planejamento nem controle de estoques. Alega que a Prefeitura baseou-se no Censo Escolar de 2008, pois o censo de 2009 só foi divulgado pelo INEP entre maio e junho de 2010, depois da realização do certame. Assim, o número de alunos matriculados era de 54.211, gerando uma diferença de 8.169 alunos, e não de 11.989 como afirmou a auditoria. Acrescenta que estimou em 7.000 novos alunos matriculados para o ano de 2010, bem como um quantitativo a mais (não precisou quanto) decorrente da incorporação de novas unidades escolares. Quanto à questão do controle do estoque, a recorrente alega que a Prefeitura contratou uma empresa especializada, a *TCI Business Process Outsourcing*, para proceder à guarda e distribuição dos produtos e que a Administração teria sim o controle do que comprou e do que recebeu. Afirma que a auditoria se confundiu quando elaborou a planilha acostada à fl. 8189 dos autos originais, sendo certo que a diferença entre a quantidade de itens adquiridos e distribuídos foi mínima. Mais uma vez cita decisão desta Corte (TC nº 0435/2010) em que foram julgadas regulares contas com falhas semelhantes de planejamento e controle de estoques.

Quanto as irregularidades na liquidação das despesas

(i), admite que houve falhas no procedimento de atesto das notas fiscais dos produtos entregues, mas que, mesmo assim, nenhuma despesa foi paga sem a regular liquidação. Em relação ao faturamento antecipado reafirma que as notas fiscais citadas nunca foram liquidadas e os respectivos empenhos, por sua vez, foram anulados. Por fim, aduz que as irregularidades são de cunho formal e que não prejudicariam a entrega dos produtos e os respectivos pagamentos, não tendo o condão de rejeitar as suas contas, conforme diversas deliberações desta Corte nesse sentido (Acórdãos TC N°s 806 e 1140, ambos de 2011).

Por fim, do apontamento de superfaturamento (j), reclama que a auditoria e o Acórdão insistiram em basear-se "...única e exclusivamente, em investigações que estão sendo realizadas no Sudeste do País contra a empresa *Acolari Indústria e Comércio de Vestuário Ltda.* vencedora do certame. Note, com fundamento em meras perquirições, sem condenação, sem processo judicial ou administrativo a atestar os acontecimentos.". Argumenta que a licitação realizada em Jaboatão não tem correlação alguma com o processo ocorrido em outro município; que não há investigação semelhante no âmbito da Prefeitura do Jaboatão; reitera que a cotação de preços foi "devidamente realizada" e que os preços apresentados pela



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

empresa vencedora estavam compatíveis com aqueles das demais empresas cotadas, não existindo, portanto, qualquer indício de superfaturamento. Argumenta que os auditores não poderiam apontar superfaturamento baseados apenas em notícias da internet. Inexistindo dano ao erário, conseqüentemente, seria incabível a recomendação pela anulação do certame bem como, decorrente disso, a devolução de valores. Incabível, também, a acusação de improbidade, posto que não demonstrados dolo nem má-fé.

Ao final, requer a postulante que:

"Ante os fundamentos expostos, e observando-se os documentos que acompanharam a defesa, bem como a ausência de responsabilidade subjetiva da recorrente, e ainda a inexistência das apontadas irregularidades, que quando muito representam mesmo meras irregularidades formais, incapazes de impor a dura censura decorrente da reprovação de uma conta, requer (...) seja provido o presente Recurso para, reformando o acórdão da Eg. 2ª Câmara deste TCE/PE, aprovar suas contas, danado-lhe a devida quitação."

O MPCO, por seu turno, irresignado, ofereceu recurso ordinário com as seguintes considerações:

- que, a despeito de não ter atuado como ordenador de despesas, o então Prefeito, na qualidade de gestor maior da Administração Municipal, deveria ser responsabilizado face a gravidade das falhas proclamadas no julgado recorrido, a exemplo de burla ao concurso público, contratação temporária para exercício de funções próprias de cargos previstos no Plano de Cargos do Município, admissão de estagiários para exercício de funções próprias de servidores, contratação irregular de profissionais via OSCIP e contratação irregular de OSCIP via Dispensa e em ofensa ao princípio constitucional da impessoalidade;
- que tais faltas, "...sob os prismas da verdade material, da razoabilidade e do domínio dos fatos...", ainda que materializadas por atos dos Secretários em favor de quem fora delegada a ordenação de despesas, estão relacionadas à opção político-administrativa municipal e, indubitavelmente, por força do art. 65, incisos X e XIII da Lei Orgânica do Município de Jaboatão, seriam da competência do Prefeito, afinal nenhum Secretário é pleno potenciário para fazer ou deixar de fazer um concurso público, para contratar profissionais via OSCIP para suprir a demanda de pessoal de duas pastas, mesmo que, ao final, coubesse a tais agentes políticos a materialização dos atos respectivos;
- que, no caso específico da contratação por dispensa de licitação da OSCIP Instituto Pro-Cidadania, teria havido



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

ofensa ao princípio da impessoalidade e que a participação do Sr. Elias Gomes da Silva restaria evidenciada pelo fato de, no mesmo exercício financeiro de 2009 em que firmara Convênio com o Governo do Estado transferindo para o Município a execução das atividades que seriam posteriormente contratadas, sem justificativa de preço, junto àquele Instituto (que também prestava serviços ao Estado de Pernambuco), ter nomeado para o exercício de cargo em comissão na Prefeitura de Jaboatão duas pessoas vinculadas àquela OSCIP: a Sra. Luciana Cavalcanti Tavares, filha do Presidente do Instituto contratado, e o Sr. José Olivaldo de Holanda Pereira, membro titular do Conselho Fiscal do referido Instituto. Ainda neste tópico, pugna pela responsabilização da Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo, titular da Secretaria de Promoção Humana e Assistência Social, pela contratação por dispensa de licitação do retrocitado Instituto, bem como da OSCIP Universidade de Juventude, no âmbito do Projeto Juventude e Cidadania Ativa.

- Que foram graves as inúmeras irregularidades verificadas no Pregão nº 012/2009, referente à aquisição de fardamento escolar, como também a renovação da contratação de empresa para fornecimento de merenda escolar com indícios de participação na "máfia da merenda" investigada pelo Ministério Público de Minas Gerais, sem comprovação da vantajosidade. Em síntese, o MPCO repete as falhas apontadas pela auditoria e acolhidas pelo Acórdão guerreado, quais sejam: a) direcionamento na formação dos preços básicos; b) direcionamento em favor da Empresa Acolari Indústria e Comércio de Vestuário Ltda., mediante cerceamento à competitividade; c) irregularidades na condução do pregão em benefício da contratação da empresa retrocitada; d) fraude na execução contratual em prejuízo ao erário municipal.

- que esses vícios e o dano causado ao erário municipal, em razão da ausência da entrega de grande parte dos kits de uniformes escolares contratados, foram reconhecidos pelo julgador adversado, que, todavia, absteve-se de proceder à imputação do débito pertinente, da ordem de R\$ 8.424.019,44, em desfavor dos agentes apontados como responsáveis pela área técnica;

- que o reconhecimento, por parte da própria empresa contratada, de que não fabrica uniformes revela que os poucos itens que foram entregues às escolas municipais dela não provieram, o que deveria impor a glosa de todas as despesas efetuadas em seu favor, sob o pretexto de pagamento de uniforme escolar, no montante de R\$ 9.729.147,62, ainda por cima porque contaminada pelo vício de superfaturamento, conforme pronunciado pela Câmara Julgadora;



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

• que o encadeamento dos atos descritos revela que teria havido uma fraude orquestrada, no âmbito da Administração Municipal de Jaboatão, a fim de lesar os cofres públicos em favor da empresa Acolari e que extrapolou os limites da Secretaria de Educação, de maneira a atrair a responsabilidade não só da então titular daquela Pasta, Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, mas também da então Gerente de Planejamento Educacional, Sra. Ednalda Martins Cezar, autora da cotação de preço básico e elaboração do Termo de Referência do Pregão nº 09/2012 (fls. 6096-6131 e 6025-6093, vol. 31); da Sra. Rita de Cássia de Moraes Monteiro - Pregoeira; do Sr. César Romero de Araújo Muniz - Chefe do Núcleo de Controle e Distribuição de Equipamentos e Material Escolar, responsável pela distribuição dos uniformes e pela informação de que as escolas estão desobrigadas de conferir os materiais recebidos (fls. 7655-7656, vol. 39); e também do então Prefeito, Sr. Elias Gomes da Silva, notadamente por se tratar de um dos contratos mais relevantes do Município, firmado junto à empresa Acolari Indústria e Comércio de Vestuário Ltda. - integrante do mesmo grupo econômico da empresa Geraldo J. Coan & Cia., envolvida na cognominada "máfia da merenda escolar" e beneficiada em sua gestão com prorrogação contratual sem comprovação de vantajosidade, com o agravante de que, mesmo com a divulgação dos graves fatos ocorridos em Ipatinga/MG, aditou-se, em 2011, a contratação em 25%, no montante de R\$ 2.432.130,30.

Expostas as suas razões, requer o Ministério Público de Contas que o Recurso impetrado seja conhecido para fins de reformar, em parte, o Acórdão T.C. nº 0917/15, de modo a:

1. julgar **irregulares** as contas de gestão da Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo, Secretária de Promoção Humana e Assistência Social, alusivas ao exercício financeiro de 2010;

2. julgar **irregulares** as contas de gestão do Sr. Elias Gomes da Silva, pertinentes ao exercício financeiro de 2010, imputando-lhe, em caráter solidário com as Sras. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, Ednalda Martins Cezar, Rita de Cássia de Moraes Monteiro e com o Sr. César Romero de Araújo Muniz, o **débito de R\$ 9.729.147,62**, em razão do caráter indevido dos pagamentos efetuados em favor da empresa Acolari.

2.1. Em caráter eventual e sucessivo, propugna, ainda, o órgão ministerial, que o débito seja imputado no montante de R\$ 8.424.019,44, por corresponder ao valor calculado pela área técnica como equivalente à diferença entre o *quantum* pago em favor da empresa contratada e aquele efetivamente entregue em favor da Prefeitura.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Notificados, os interessados apresentaram defesa conjunta, acostada às fls. 32 a 79 dos autos do processo TCE-PE nº 1507439-0, à exceção do Sr. Elias Gomes da Silva.

Na peça, os defendentes afirmam - e lhes assiste razão - que o escopo do recurso do órgão ministerial assenta-se em apenas três dos diversos pontos elencados no Acórdão guerreado. São eles:

- a) a responsabilização do Prefeito pelos atos que resultaram na contratação de OSCIPs e pelas irregularidades apontadas na formalização e execução do contrato firmado com a empresa Acolari Indústria e Comércio de Vestuário Ltda., destinado ao fornecimento de fardamento escolar;
- b) indevida ausência de responsabilização da recorrida, Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo, então Secretária de Promoção Humana e Assistência Social, face à contratação das OSCIPs Universidade da Juventude e Instituto Pró-Cidadania;
- c) as irregularidades apontadas na formalização e execução do contrato com a empresa Acolari teriam gerado prejuízos econômico-financeiros, cujo ressarcimento deveria ter sido determinado pelo Acórdão combatido.

Em relação ao primeiro ponto, verifica-se na peça que não houve o pronunciamento do Sr. Elias Gomes da Silva, apesar de ter sido regularmente notificado, conforme ofício acostado à fl. 25 dos autos do processo TCE-PE Nº 1507439-0.

Quanto ao segundo tópico, no que pertine à inclusão da responsabilização da Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo, a defesa alega que "*...o intento da recorrente (no caso, o MPCO) é de incluir na condenação a responsabilidade do Chefe do Executivo, trazendo a reboque, sem maiores detalhes, a ora recorrida.*" Esse recurso, segundo a defendente, dificultou sobremaneira a sua defesa, pois a peça recursal não teria individualizado a prática do ato de cada um dos responsabilizados, podendo o recurso ministerial, desse modo, ser considerado inepto, pois, uma vez desconhecida a extensão da imputação que lhe foi lançada, entende que lhe foi cerceado o direito à ampla defesa. Acrescenta que o mérito da questão, qual seja, a legalidade da contratação de OSCIP por dispensa ou inexigibilidade já fora enfrentada pela 2ª Câmara, a partir do voto da Conselheira Teresa Duere e do Cons. Marcos Loreto. Transcrevo o argumento:

"O tema da forma de contratação, como já proclamado no lúcido voto da Conselheira Teresa Duere, que acompanhou o Conselheiro Marcos Loreto, já foi objeto de apreciação deste Plenário (sic), dada a existência de relação contratual de quase todos os Municípios do Estado de Pernambuco com tais entidades. No



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

referido julgamento a Corte de Contas, em seu órgão máximo, já havia se manifestado no sentido de aferir o cumprimento da obrigação firmada no instrumento, inexistindo a apontada ilegalidade da 'inexigibilidade de licitação'".

Em seguida, no mérito da irregularidade, a defesa repete os mesmos argumentos esposados no âmbito do processo original (fls. 8348 a 8357), sendo, inclusive, também semelhantes àqueles apresentados no recurso da Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues (processo TCE-PE 1506521-2), no sentido de que a contratação da OSCIP Universidade da Juventude destinara-se à execução de um projeto, e não de um programa, com "...começo, meio e fim programados e bem definidos..."; que o foco do projeto não era a intermediação de mão de obra via Pessoa Jurídica, posto que as atividades destinaram-se à capacitação e formação com prazos e quantitativos definidos; e, por fim, que não houve ato de improbidade administrativa, uma vez que não há demonstração comprovada de má-fé nem indicativo de beneficiamento da recorrente ou de terceiros.

Em relação à contratação da OSCIP Instituto Pró-Cidadania, a defesa, mais uma vez, repete os mesmos argumentos já lançados previamente no processo original de Prestação de Contas, de que a dispensa de licitação apresentou todos os requisitos exigidos pelo artigo 26 da Lei 8666, inclusive a justificativa de preços. Acrescenta que:

"As assacadihas lançadas na peça recursal são todas decorrentes de uma ilação constituída pela douta Representante do MPC. Não há nem mesmo qualquer indício de prova sobre a influência direta ou indireta das pessoas indicadas na contratação da empresa. Emprestar valor probante as argumentações do MPC, sem o devido lastro em meio de prova válido, é derrogar toda e qualquer garantia constitucional da inocência. O simples fato de um funcionário do município participar da OSCIP na condição de membro do Conselho Fiscal não possui o condão de macular a contratação, sob a eiva da afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade." (...) Caberia à recorrente, com esteio em prova válida, e não simplesmente através de suas ilações, demonstrar, a saciedade, a concorrência de atuações que ensejaram a contratação da OSCIP, pelo fato de fazer parte de seu Conselho Fiscal funcionário público detentor de cargo comissionado."

Finaliza argumentando que não há nos autos, originais ou recursais, indícios de pagamento a maior ou inexecução do objeto avençado com a OSCIP, fato esse já destacado no voto da Conselheira Teresa Duere; que a opção pelo Instituto Pró-Cidadania foi a mais acertada, diante da sua expertise no tema, inclusive por conta de ser a instituição contratada pelo próprio Governo Estadual para coordenar o programa no âmbito



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

do Estado; e que, *ad argumentando tantum*, a competência para nomeação de servidores para cargos em comissão no Município não pertence aos secretários municipais.

Em relação ao terceiro ponto do recurso ministerial, em que se propugna a extensão da responsabilização a outros servidores não relacionados na inicial, bem como a imputação de débito por prejuízo causado ao erário decorrente da formalização e execução do contrato com a empresa Acolari Indústria e Comércio de Vestuário Ltda. (destinado ao fornecimento de fardamento escolar), a defesa trouxe os mesmos argumentos já levantados na inicial (fls. 8357 a 8381, processo TCE-PE nº1104331-3), bem como na peça recursal individual da Sra. Mirtes Cordeiro, já elencadas anteriormente neste relatório. Destaco, portanto, por economia processual, o único ponto que considero novo:

"IV - DA INEXISTÊNCIA DE DANO CONCRETO. PEDIDO DE RESSARCIMENTO FIXADO ATRAVÉS DE DANO HIPOTÉTICO."

Alega a defesa que a Teoria da Responsabilidade Civil exige que, além da existência de ato ilícito, a imposição de ressarcimento por dano causado ao erário seja quantificado com clareza e precisão. Não pode ser imputado por "achismos, sem prova nos autos. A defesa entende que o Ministério Público utilizou-se apenas de ilações e que o dano apontado foi meramente hipotético. Transcrevo pequeno trecho da peça acostada como síntese:

"...o pedido recursal deduzido pelo Ministério Público de Contas, procura impingir aos recorridos a devolução ao erário da quantia de R\$ 9.729.147,62, que sequer foram objeto do voto vencido proferido pela Eg.2ª Câmara. (...) NO caso dos autos que a recorrente procura impor, exigindo o ressarcimento pelos recorridos, não passa de um número construído ao seu bel prazer, sem qualquer correspondência na prova dos autos. O MPCO aponta, como valor do dano, uma importância sem parâmetros, correspondente ao valor do contrato firmado, como que se o produto não tivesse sido entregue em favor da administração pública."

Por fim, juntam-se aos argumentos diversas transcrições de jurisprudência do STJ a respeito do tema.

É o relatório

VOTOS

Da Admissibilidade

Quanto à admissibilidade, observa-se que ambos os Recursos foram apresentados dentro do prazo estabelecido no §



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

1º do art. 78, c/c §2º, do art. 81 e §5º do art. 77, da LOTCE, bem como foram constatadas a legitimidade das partes. Portanto, devem ser acolhidos.

Do Mérito

RECURSO TCE-PE Nº 1506521-2 - Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues

Uma vez já discorridas as razões recursais da interessada Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, adianto-me para indicar minha total rejeição aos argumentos esposados no recurso examinado.

Em primeiro lugar, porque o seu argumento inicial de impossibilidade de responsabilização pelas razões aduzidas em sua petição não deve prosperar, sobretudo após os aclaratórios pronunciados nos autos do Processo TCE-PE Nº 1504266-2, embargos esses movidos pela própria recorrente, em que o Exmo. Relator, Conselheiro Marcos Loreto, aponta exatamente quais os graves fatos imputados à ora recorrente, restando clara a relação causal entre eles e a sua participação na condição de ordenadora de despesas e titular do cargo máximo de Secretária de Educação, onde a totalidade dos apontamentos foram observados, estando todos eles hialinamente elencados no Acórdão T.C. nº 1281/15. Desse modo, não considero afrontados os elementos que modelam a responsabilidade subjetiva adotada em nosso ordenamento jurídico, tão pouco o princípio do contraditório e da ampla defesa, haja vista que pode ser observado, tanto em sua defesa prévia quanto nos argumentos presentes nos autos, o seu amplo domínio dos fatos.

Em segundo lugar, porque, ao cotejar os argumentos do recurso com aqueles defendidos nos autos do processo original, verifica-se que são idênticos, inclusive, em larga medida, com a mesma redação. Nada de novo, sejam documentos ou fatos que pudessem contradizer as razões do Acórdão atacado, aos quais me filio, por entender que muito bem representam o entendimento majoritário desta Corte relativamente aos fatos examinados pela auditoria e julgados, por sua gravidade, suficientes para rejeitar as contas da recorrente. Esclareço que a irregularidade referente ao Item IX, na contratação da OSCIP Instituto Pro-Cidadania, não foi imputada à recorrente, mas à então Secretária Municipal de Desenvolvimento Humano e Assistência Social, Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo.

Por essa razão, reitero minha concordância com as razões de votar do Exmo. Conselheiro Marcos Loreto, em sede do Acórdão, T.C. Nº 0917/15, acrescidos dos aclaratórios pronunciados no Acórdão T.C. nº 1281/15, ressaltando as considerações que farei, em seguida, no voto alusivo ao



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

processo TCE-PE nº 1507439-0, relativo ao Recurso movido pelo Ministério Público de Contas.

Recurso TCE-PE nº 1507439-0 - Ministério Público de Contas

Os requerimentos do MPCO, em síntese, foram os seguintes:

1. julgar **irregulares** as contas de gestão da Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo, Secretária de Promoção Humana e Assistência Social, alusivas ao exercício financeiro de 2010, pela contratação irregular, via dispensa de licitação da OSCIP Instituto Pro-Cidadania, com indícios de favorecimento;

2. julgar **irregulares** as contas de gestão do Sr. Elias Gomes da Silva, pertinentes ao exercício financeiro de 2010, imputando-lhe, em caráter solidário com as Sras. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, Ednalda Martins Cezar, Rita de Cássia de Moraes Monteiro e com o Sr. César Romero de Araújo Muniz, o **débito de R\$ 9.729.147,62**, em razão do caráter indevido dos pagamentos efetuados em favor da empresa Acolari.

2.1. Em caráter eventual e sucessivo, propugna, ainda, o órgão ministerial, que o débito seja imputado no montante de R\$ 8.424.019,44, por corresponder ao valor calculado pela área técnica como equivalente à diferença entre o *quantum* pago em favor da empresa contratada e aquele efetivamente entregue em favor da Prefeitura.

Em primeiro lugar, não assiste razão ao MPCO quando recorre do Acórdão T.C. 0917/15, para que sejam classificadas como irregulares as contas da Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo, face às falhas constatadas na contratação de OSCIP via dispensa de licitação. Isso porque tais falhas, compreendidas no contexto integral das contas, não carregam em si relevância suficiente para macular de todo as contas da servidora. A única falha em que é apontada a sua participação foi essa, o que indicaria uma desarrazoada desproporcionalidade caso se acatasse a proposição do *parquet*. Dessa forma, considero acertada a decisão pronunciada no Acórdão guerreado e descabida a revisão pretendida.

Quanto à responsabilização do Sr. Elias Gomes da Silva, mais uma vez, devo discordar do recurso ministerial. No presente caso concreto, a existência da Lei Complementar nº 101/2011, que conferiu aos secretários municipais a competência para ordenar despesas, não pode ser entendida como um mero ato de delegação, mas sim de definição originária de competência e que não foi estendida ao Prefeito. Além disso, constata-se, dos autos, que os atos impugnados são tipicamente



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

de gestão, não havendo correlação com aqueles outros considerados de governo, objeto de análise em contas específicas, procedimento esse já pacificado nesta Corte, como bem observou a Conselheira Teresa Duere em seu voto. Peço-lhe vênha para transcrever um breve excerto:

"As contas de governo se referem especificamente (...) à questão das políticas, à questão dos limites constitucionais e da política da gestão municipal. Essa é a responsabilidade intransferível do Prefeito (...). No caso de Jaboatão (...) me parece que a área em que se apontam irregularidades são áreas muito mais da execução administrativa (...). Assim sendo, como vejo que as irregularidades não atingiram as questões básicas da política do município, da gestão política do município de Jaboatão, me inclino a votar com o Conselheiro Marcos Loreto..."

É evidente que o legislador instituiu, na gestão municipal, a desconcentração administrativa, atribuindo a função de ordenador de despesas aos secretários municipais. Mas não somente essa função, como também a de gestores administrativos plenos em suas respectivas áreas, sem prejuízo daquelas competências privativas do Prefeito elencadas no artigo 65 da Lei Orgânica do Município, as quais, a toda evidência, remontam às funções de gestor político, como bem conceituou a Exma. Conselheira Teresa Duere.

A esse respeito, trago ainda alguns excertos do pronunciamento do MPCO, da lavra do ilustre Procurador Gilmar Severino de Lima, proferido na sessão que culminou no *decisum* ora atacado, posto que entendo perfeitamente aplicável ao caso concreto:

"Efetivamente, como o causídico apresentou, existem alguns precedentes em que a questão do gestor, do prefeito que não é por lei ordenador de despesas, a sua responsabilidade é afastada.

Eu me recordo com relação, por exemplo, à gestão em (...) Gravatá (...), em São Lourenço (...) em que é adotada a linha do Relatório de Auditoria, no sentido de que, apesar de não ser ordenador formalmente, mas o prefeito, na medida em que nomeia os secretários, teria o dever da fiscalização. E se nela foi negligente seria, também, corresponsável.

No entanto (...) esse entendimento da auditoria tem de ser visto cum grano salis (...) Porque uma coisa é um prefeito no pequeno município, onde está próximo a comunidade, onde conhece as pessoas pelo nome, onde conhece as obras (...) que por dificuldades financeiras são poucas (...) aí sim, ele poderia até ser responsabilizado (...) por falta de fiscalização.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Outra coisa é numa estrutura muito maior, como a capital, Recife, como Jaboatão (...) em que é impossível o prefeito está fiscalizando (sic) contrato a contrato, licitação a licitação.

(...) Não é por outro motivo que o Governador, por exemplo, se ocorre um problema de uma secretaria, ele não vai ser responsabilizado. Porque se a tese fosse completa, ou seja, geral, o que serviria para um prefeito de pequeno município serviria também para governador do Estado. E não é o caso...

(...) Razão pela qual, tendo em vista o porte do município, tendo em vista as circunstâncias e os precedentes em sua maioria ser no sentido de afastar a responsabilidade do prefeito quando ele não é ordenador de despesas, o opinativo seria no sentido do acolhimento da preliminar".

Ora, percebe-se, com esse aparente conflito de opiniões no âmbito do próprio *parquet*, que as características pertinentes ao presente caso concreto permite interpretações discordantes, pela subjetividade inerente à formação das opiniões e, até mesmo, das jurisprudências trazidas à lume. Por essa razão, entendo que o teor do Acórdão 0917/15, nesse mister, não deve sofrer alterações, posto que em sintonia com a nossa predominante jurisprudência, assentada no *decisum* da Egrégia 2ª Câmara, apesar de vislumbrar que esse tipo de desconcentração administrativa, que visa retirar do Prefeito a responsabilidade integral pelos atos de gestão, merece sempre a análise do caso concreto e pode ser interpretada de maneira diferente da jurisprudência que vem se consolidando no âmbito desta Corte.

Por fim, no que se refere ao ressarcimento proposto pela auditoria, seja por suposto superfaturamento seja pela distribuição irregular dos kits de fardamento, penso que não assiste razão ao recurso ministerial.

À guisa de melhores esclarecimentos, trarei excertos do relatório do Conselheiro Substituto Ricardo Rios, Relator do processo original de prestação de contas, que sintetizou os apontamentos da auditoria nesse quesito em dois tópicos.

Pagamento com preços superfaturados

Neste tópico, a auditoria apontou diversas ilegalidades no certame e na execução do contrato, tais como a) ausência de pesquisa de mercado adequada; b) cláusulas do edital que comprometeram a competitividade; c) pregoeiro envolvido politicamente com a administração; d) descumprimento de cláusulas editalícias; e) não formalização contratual; f) falta de controle de entrada e saída de materiais; g) pagamentos sem a regular liquidação; h) subcontratação de serviços gerando preços maiores; i) pagamentos antecipados; j)



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

indícios de envolvimento da empresa Acolari com a máfia da merenda escolar.

Diante dos fatos apontados, a auditoria assim concluiu seu relatório:

"Na impossibilidade do cálculo exato do montante desviado; pelo tamanho do prejuízo ao Erário e lembrando que o art. 59 da Lei Federal n.º 8.666/1993 dispõe que a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Entende-se pela devolução total do valor despendido pela Prefeitura Municipal de Jaboatão dos Guararapes."

Considerando que a defesa não logrou desconstituir os apontamentos da auditoria, o Relator, Conselheiro Substituto Ricardo Rios, acatou os argumentos da auditoria e entendeu presentes os indícios de superfaturamento. Todavia, e a meu ver corretamente, não determinou o ressarcimento do valor sugerido pela equipe técnica, no montante total contratado. Isso porque, à luz da Teoria da Responsabilidade Civil, necessário se faz o cumprimento de algumas condicionalidades.

Destaco, por oportuno, algumas considerações por mim proferidas enquanto relator do processo TC N° 1405301-9 Auditoria Especial FUNDARPE):

"Considerando que o tema ora abordado diz respeito ao gênero constitucional "indenização" (art.5º, incisos V e X da CR/88), cujas espécies são o ressarcimento (dano material) e a reparação (dano moral), quadra-lhe uma análise sob o prisma da Teoria da Responsabilidade Civil, conforme positivado em nosso ordenamento jurídico. De conseguinte, segundo as normas civis de regência, a obrigação de ressarcir um dano é suscitada quando presentes as seguintes elementares:

I - Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa (dano que pressupõe lesado);

II - Efetividade ou certeza do dano;

III - Nexo de causalidade (relação entre a falta e o prejuízo causado, podendo ainda ser direto ou indireto (dommage par ricochet);

IV - Subsistência do dano no momento da reclamação do lesado;

V - Legitimidade do titular do direito atingido; e

VI- Ausência de causas excludentes de responsabilidade.

Entremostrasse-me, no vertente caso, a não-configuração (de forma inequívoca e patente) do dano concreto, sendo certo que a existência do mesmo impescinde da prova real e concreta da lesão. O ressarcimento é fundado nos efeitos da lesão jurídica, ou seja, é



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

absolutamente condicionado à diminuição do patrimônio do sujeito lesado, portanto desempenha, no dizer dos mais prestigiosos doutrinadores da matéria, uma função de equivalência (dano material), função que se revela a partir da relação objetiva entre as situações patrimoniais antecedente e consequente da vítima, sendo completamente estranho à índole dos DIRETOS SUBJETIVOS AFETADOS (por mais relevantes e fundamentais que sejam, e no presente caso o são!). O texto do art. 186 do Código Civil Pátrio é lapidar, exige, para a caracterização da responsabilidade civil, a concreta ocorrência do dano.

De antemão, verifico que a metodologia adotada por nosso atilado corpo técnico, permissa vênua, não nos permite bispar a concreção do dano em qualquer dos contratos inquinados. Noutra giro argumentativo, impede ressaltar que estamos diante de um caso encartável na seara da Responsabilidade Civil Aquiliana ou extracontratual, portanto peremptoriamente incompatível com o chamado dano presumido, este último caracterizado pela exoneração do ônus de provar a sua efetiva ocorrência e que é lugar-comum nos casos de responsabilidade civil contratual (ex: juros moratórios, C.C. arts.404 e 407).

Quando trilhamos as sendas da responsabilidade civil aquiliana, a regra de ouro é a constatação da elementar objetiva de concreção do dano, conforme pontifica Agostinho Alvim: "Como regra geral, devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto. Ainda, mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez não se tenha verificado prejuízo." (Alvim Agostinho. "IN" Da Inexecução das obrigações e suas consequências. 3. ed. Rd. Jurídica e Universitária, fl. 180)."

No presente caso concreto, a própria equipe técnica reconheceu a "impossibilidade do cálculo exato do montante desviado". Acrescento que nem mesmo logrou comprovar se houve desvio, posto que baseou sua conclusão a partir da técnica da inferência, inapropriada, demonstramos, para o ressarcimento pretendido. Por fim, caso se determinasse o ressarcimento pelas ilegalidades apontadas pela auditoria, a Corte de Contas contribuiria para o enriquecimento sem causa da Administração Municipal, uma vez que, neste tópico, não se faz menção a eventual descumprimento de obrigação contratual em desfavor do erário.

Assim sendo, após a análise dos argumentos do presente recurso e da defesa apresentada, bem como dos apontamentos do RA e da NTE, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se pode afirmar que tenha havido superfaturamento no contrato firmado com a empresa Acolari Indústria e Comércio de Vestuário Ltda. Considero, pois, improcedente as razões do recurso ministerial.

Da falta de controle de estoque e de planejamento



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Ao contrário do item anterior, neste tópico evidencia-se potencial prejuízo causado ao erário, uma vez demonstrado descontrole dos estoques dos materiais recebidos pela Administração e distribuídos aos seus destinatários. Vejamos o que disse o Relator das contas, Conselheiro Substituto Ricardo Rios:

- *"Na distribuição do material, muitos alunos das escolas contempladas com os uniformes não receberam ou deixaram de receber parte dos itens que deveriam compor os kits escolares e muitas escolas não distribuíram os uniformes a seus alunos por simplesmente não terem recebido o material, conforme dados do relatório de entrega dos itens;*
- *O descontrole do estoque provocado pela Administração causou um prejuízo de aproximadamente R\$ 8.424.019,44 (oito milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil e dezenove reais) contrariando o que determina o art. 74, inciso IV e §1º da Constituição Federal, os arts. 75, incisos I e II, 76 e 77 da Lei Federal nº 4.320/1964.*

Analisando o Memorial de Defesa, assim entendeu a Auditoria, em sede de Nota Técnica:

'A defesa citou apenas o documento 24 (fls. 8.989 a 9.042), para mostrar que a Administração contratou a empresa TCI Business Process Outsourcing para a guarda e distribuição dos seus bens.

Analisando o documento 24 nota-se que é cópia da Resolução CD/FNDE N° 38 (...) sem relação com a irregularidade aqui tratada.

O documento 23 (fls. 8.825 a 9.041) (...) ainda que comprove que a Prefeitura firmou contrato com a empresa TCI Business Process Outsourcing para gerenciamento do seu almoxarifado, não elide a irregularidade, posto que as falhas apontadas pela auditoria não foram quanto ao controle de estoques, mas dos materiais nas próprias unidades escolares.

A falha de planejamento levou à compra de fardamento acima do necessário, houve falhas na distribuição, quando apenas 13,4% dos itens adquiridos foram entregues nas escolas, houve falhas no recebimento dos materiais nas escolas, como demonstrado pela auditoria.'

Cabe razão à Auditoria. A defesa não foi suficiente para elidir a irregularidade. Acrescento ainda, que mesmo tendo sido contratada empresa para gerenciar a guarda e distribuição dos fardamentos, caberia à Administração a fiscalização da execução do contrato. Mantida a irregularidade."

Ocorre que, como bem observado pelo MPCO, sem que tenha motivado a sua decisão e apesar de concordar na íntegra com os apontamentos da auditoria o Exmo. Relator não determinou, em seu voto, o devido ressarcimento, tendo sido seguido pelos Exmos. Membros da 2ª Câmara.

Compulsei detidamente os documentos anexados pela Auditoria, às fls. 7663 a 7753 do processo original de Prestação de Contas, utilizados pela equipe técnica para



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

elaborar a tabela de fl. 8189, que aponta para o total de distribuição de apenas 13,41% dos itens de material adquiridos. Note-se que a auditoria fez a sua análise baseada nos itens, posto que, apesar da contratação ter sido por kits, a distribuição não respeitou essa exigência editalícia.

Igualmente, debrucei-me nos documentos acostados pela defesa prévia, às fls. 8825 a 9041 dos autos originais, os quais subsidiaram a defesa na elaboração da tabela acostada às fls. 8371-72, que, por seu turno, demonstra que a Prefeitura teria distribuído 90,88% dos kits adquiridos.

Isso posto, verifiquei que o apontamento da auditoria refere-se à não distribuição integral do material adquirido à totalidade dos alunos das várias escolas do município, desvirtuando, sem dúvida, a finalidade pública da despesa contratada. Ademais, a evidente precariedade do gerenciamento do contrato salta-nos aos olhos. Não se pode duvidar de que esse descontrole deixou erário suscetível a enormes prejuízos.

Todavia, reitero as observações já esposadas no item anterior, onde avoquei as condicionalidades da Teoria da Responsabilidade Civil para fins de ressarcimentos pecuniários.

Consentâneo com tais condicionalidades e para que não se incorra no risco de enriquecimento ilícito da Administração, faz-se necessário demonstrar-se, à exaustão, que o material que deixou de ser distribuído às escolas não tenha sido efetivamente recebido pela Administração Municipal. A despeito do laborioso trabalho da equipe de auditoria, tal fato não restou satisfatoriamente comprovado pela metodologia aplicada, o que levou a Egrégia 2ª Câmara a julgar irregulares as contas da gestora responsável, Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, face à gravidade das ilegalidades observadas, mas deixando de imputar-lhe o débito sugerido no Relatório de Auditoria.

Assim sendo, entendo que o recurso ministerial não deve ser provido, nesse aspecto.

Por outro lado, entendo que a participação dos demais citados no conjunto de irregularidades que ensejou a rejeição das contas da então Secretária Municipal, Sra. Mirtes Cordeiro, foi apenas parcial, não sendo proporcional, portanto, o acolhimento do recurso também quanto a este aspecto, devendo ser mantida a regularidade, com ressalvas, lavrada no Acórdão guerreado, relativa à responsabilidade das Sras. Ednalda Martins Cezar, Rita de Cássia de Moraes Monteiro e do Sr. César Romero de Araújo Muniz.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Por fim, entendo que devem ser mantidas, *in totum*, as determinações proferidas no Acórdão TC nº 917/15, dentre as quais, à guisa de reiteração, o encaminhamento ao Ministério Público de Contas para as providências cabíveis quanto aos indícios de participação de empresas na "máfia da merenda escolar", como também em decorrência das graves irregularidades constatadas nos procedimentos referentes à aquisição de fardamento escolar.

Isso posto,

QUANTO AO RECURSO ORDINÁRIO TCE-PE Nº 1506521-2

CONSIDERANDO a legitimidade da parte e a tempestividade de oposição do presente Recurso Ordinário;

CONSIDERANDO que os argumentos da recorrente Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues não foram suficientes para combater a jurisprudência em consolidação neste Tribunal, no sentido de afastar a sua responsabilidade pelos fatos apontados no Acórdão T.C. Nº 0917/15, complementado com os aclaratórios proferidos no Acórdão T.C. Nº 1281/15;

CONSIDERANDO que, no mérito, a recorrente não logrou trazer fatos ou documentos novos capazes de elidir as graves irregularidades constatadas no Processo de Prestação de Contas TCE-PE Nº 1104331-3, tão somente reiterando argumentos ali já analisados previamente;

CONHEÇO do presente Recurso, por preencher os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO**.

OS CONSELHEIROS JOÃO CARNEIRO CAMPOS, RANILSON RAMOS E ALDA MAGALHÃES VOTARAM DE ACORDO COM O RELATOR. PRESENTE O PROCURADOR-GERAL, DR. CRSTIANO PIMENTEL.

Quanto ao Recurso Ordinário TCE-PE nº 1507439-0

CONSIDERANDO a legitimidade da parte e a tempestividade de oposição do presente Recurso Ordinário;



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

CONSIDERANDO que Lei Complementar específica instituiu a desconcentração administrativa no Município do Jaboatão dos Guararapes e que as irregularidades apontadas pelo recorrente ao recorrido, Sr. Elias Gomes da Silva, Prefeito, não podem prosperar posto que este não detinha atribuições de ordenador de despesas;

CONSIDERANDO que não há nos autos a comprovação de que o então Prefeito, Sr. Elias Gomes da Silva, tenha tido governança sobre a execução das avenças, restando preservadas as subesferas de responsabilidades estanques, de modo que não se pode aplicar, ao caso concreto, a teoria do domínio do fato invocada pelo *parquet*;

CONSIDERANDO que a gravidade da falha de responsabilidade da Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo não tem o condão de macular como irregular as suas contas enquanto Secretária Municipal;

CONSIDERANDO que os supostos danos suportados pelo erário municipal, em razão da ausência de entrega de parte dos kits de uniformes escolares contratados e superfaturamento de preços, não foram devidamente quantificados pela auditoria, em desconformidade com as condicionalidades da Teoria da Responsabilidade Civil;

CONSIDERANDO que a participação dos demais citados no conjunto de irregularidades que ensejou a rejeição das contas da então Secretária Municipal, Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, foi crucial para a ocorrência observada, não sendo proporcional, portanto o entendimento pela regularidade, com ressalvas, esposado no Acórdão guerreado;

CONHEÇO do presente Recurso, por preencher os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, dou-lhe PROVIMENTO PARCIAL para julgar irregulares as contas das Sras. Ednalda Martins Cezar, Rita de Cássia de Moraes Monteiro e do Sr. César Romero de Araújo Muniz.

CONSELHEIRA ALDA MAGALHÃES:

Peço vista deste processo.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

INTEIRO TEOR DA DELIBERAÇÃO

34ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO REALIZADA EM 27/09/2017

PROCESSO TCE-PE N° 1507439-0

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS,
REPRESENTADO PELA PROCURADORA DRA. GERMANA LAUREANO, AO ACÓRDÃO
T.C. N° 0917/15 (PROCESSO TCE-PE N° 1104331-3) COMPLEMENTADO
PELO T.C. N° 1281/15 (PROCESSO TCE-PE N° 1504266-2)

ADVOGADO: DR. HENRIQUE DE ANDRADE LEITE - OAB/PE N° 21.409

RELATOR: CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR

PRESIDENTE: CONSELHEIRO CARLOS PORTO



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

ADIADA A VOTAÇÃO DO PROCESSO **TCE-PE Nº 1507439-0** POR PEDIDO DE VISTA DA CONSELHEIRA SUBSTITUTA ALDA MAGALHÃES, EM SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO REALIZADA NO DIA 14/12/2016.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de dois Recursos Ordinários interpostos com vistas a reformar o Acórdão T.C. nº 0917/15, da Segunda Câmara desta Corte, emitido nos autos do Processo TCE-PE nº 1104331-3, referente à Prestação de Contas de Gestor Municipal, exercício de 2010, da Prefeitura Municipal de Jaboatão dos Guararapes, complementado pelo Acórdão T.C. nº 1281/2015, prolatado no âmbito do Processo de Embargos de Declaração TC nº 1504266-2, os quais culminaram no julgamento pela IRREGULARIDADE das contas da Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, então Secretária de Educação; pela REGULARIDADE das contas do Sr. Henrique de Andrade Leite, Secretário de Assuntos Jurídicos; e pela REGULARIDADE COM RESSALVAS das contas das demais pessoas relacionadas pela equipe de auditoria.

Eu havia adiantado o meu voto com relação a este processo e houve um pedido de vista.

Estou retomando o processo para a análise deste Pleno.

Não houve a notificação do interessado, do recorrente, atinente à administração de Jaboatão dos Guararapes, mas o advogado esteve presente e se deu por notificado, invocando o princípio de que não há nulidade sem que haja gravame ou prejuízo.

E os recursos, o primeiro foi interposto pelo próprio Ministério Público de Contas desta Casa, através de sua representante, Dra. Germana Laureano, que invoca o princípio do domínio dos fatos para incluir na irregularidade a responsabilidade do mais alto dignitário daquela Prefeitura, o Sr. Elias.

Houve também o recurso, de outra parte, da Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, então Secretária de Educação, e ela pugna pela alteração da deliberação, aprovando suas contas com ressalvas.

Sr. Presidente, vou fazer uma pequena digressão, porque, na realidade, novei o meu voto, refluí em parte do meu voto, o voto que foi lançado na assentanda a que havia me referido, e começo falando sobre o domínio dos fatos.

O processo que estava em Mesa, agora há pouco, em que discutimos a responsabilidade do prefeito, da relatoria do



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Conselheiro Ruy Ricardo Harten, traz para esta Casa uma reflexão que não é nova, mas cada vez mais estará presente nos nossos julgados.

Nós sabemos que a regra geral é que o ordenador de despesas responde pelas contas de gestão. Essa é a regra geral. Não sendo ordenador de despesas, verificamos isso através das competências legais e regulamentares, em princípio se afasta a responsabilidade daquele agente.

Com relação, especificamente, à obra de engenharia, como foi muito bem colocado, se a questão é da avença, da modelagem e do contrato, atinge, logicamente, quem esteve à frente dessa modelagem. Se a questão diz respeito à medição de obras, em princípio quem tem a ART e quem tem CREA, que acompanha as obras e faz a medição, é quem responde por essas obras até porque não existe uma exigência de que, mesmo tendo formação de engenheiro, um prefeito, na condição de prefeito, tenha a obrigação de conhecer amiúde a medição das obras a ponto de ser responsabilizado pela assinatura de um boletim de medição. Fica muito claro que essa questão passa pela ponderação de interesse entre o domínio dos fatos e a segregação de funções, princípio da segregação de funções.

Em regra, trabalhamos sempre com a segregação de funções, ou seja, sempre prestigiando as subesferas de responsabilidades estanques, que são estabelecidas através dessas leis que cometem as devidas responsabilidades e determinam quem são os ordenadores de despesas.

Há casos em que há um envolvimento tão grande do mais alto dignitário com os atos de gestão, que há uma quebra, um esboroamento dessa subesfera de responsabilidade estanque, e aí surge o princípio do domínio dos fatos. Então, foi exatamente o princípio do domínio dos fatos que foi trazido à colação neste processo pela nobre representante do Ministério Público;

A **teoria do domínio do fato** sustenta que autor é o sujeito que, mesmo não tendo praticado diretamente a infração, decidiu e ordenou sua prática a subordinado hierárquico seu, que a realiza por obediência. O mentor, pois, não é mero partícipe, pois seu ato não se restringe a induzir ou instigar o agente infrator, pois havia relação de hierarquia e subordinação entre ambos, não de mera influência resistível.

Da sistematização de Roxin, podemos destacar várias perspectivas do conceito de autoria, à luz da teoria do domínio do fato. Uma delas, que mais me parece aplicável à tese do recurso ministerial, a



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

perspectiva do "domínio da organização". Vejamos que diz Larissa Gomes Uchoa¹,

"Existem hipóteses em que o autor não é aquele que realiza a ação executiva, verificando-se o domínio do fato pelo sujeito de trás sobre a vontade regente do executor direto. Tais situações podem ocorrer de inúmeras formas, apontando Roxin (2000) a utilização dolosa de um agente sem liberdade, de um agente em erro, de um agente inferior não só intelectualmente, mas também psiquicamente, como menores e enfermos mentais, bem como de um agente subordinado mediante um aparato organizado de poder. Assim, analisa-se a autoria mediata em três vieses: da coação, do erro e do domínio da organização.

[...]

O nosso caso aqui é o domínio da organização.

Mas, lá na frente, faço uma ressalva sobre a teoria de Roxin.

O entendimento de Roxin, sintetizado pela autora acima citada, coincide, em seu trecho final, com a opinião do Ministro Ricardo Lewandowski sobre a aplicação da teoria do domínio do fato: "*A teoria só pode ser utilizada em momento de exceção ou para organizações criminosas que atuem à margem da ordem jurídica, não basta supor que alguém tinha ciência do delito cometido*".²

Não é simplesmente uma ciência do delito cometido. Tem que haver aquela quebra, aquele esboroamento, que eu disse, do que chamo de subesfera de responsabilidade estanque. Se houve essa quebra, automaticamente prepondera o princípio do domínio do fato.

Neste caso, o prefeito de Jaboatão dos Guararapes, uma cidade realmente grande. Uma cidade que tem várias anfractuosidades administrativas, inclusive de descentralização, de desconcentração fortíssima. Essa, na realidade, é a característica da estrutura administrativa de Jaboatão. Pelo que entendi dos fatos, estão muito estanques na responsabilidade da Comissão de Licitações, em quem homologou,

¹ O Supremo Tribunal Federal e a teoria do domínio do fato: retomada técnica da Ação Penal n. 470. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17379&revista_caderno=22. Em, 21/12/2016.

² <http://www.conjur.com.br/2014-set-01/clus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>, em 21/12/2016.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

enfim; não se chega nunca ao prefeito. Ou seja, entendo que, neste caso, estão mantidas as subesferas de responsabilidades estanques, portanto prepondera, neste caso, o princípio da segregação de funções, que é um lugar comum. É o que esta Casa já vem aplicando no que diz respeito à matéria.

Logo, com relação a essa ponderação de interesse, entendi que prevaleceu aqui o lugar comum, ou seja, a Teoria da Segregação de Funções. Portanto, com relação a esse aspecto, pugno pelo desprovimento do recurso do Ministério Público.

CONSELHEIRA TERESA DUERE:

Conselheiro Dirceu Rodolfo, acho de importância vital o que V.Exa. traz.

Agora, tenho uma dúvida em relação a essa questão que ouvi sobre responsabilização, porque acho que o básico aí é responsabilização. E principalmente dentro da conta de gestão.

V.Exa. demonstra que estudou efetivamente essa questão. Agora lhe pergunto: dentro das contas de gestão, colocando essa segregação, essa coordenação, esse gerenciamento, esse, vamos dizer, mandato gerencial, onde fica nas contas de gestão? Porque, parece-me que, dentro dessa segregação, também não podemos deixar com o secretário ou o prefeito por não ser ordenador de despesas, está certo? Sabemos que não é assim.

Por exemplo, hoje, modernamente, dentro da área de planejamento se têm os chamados grupos de monitoramento, em que esses gerentes apresentam o produto do seu trabalho; e para isso ele tem que ter tido um acompanhamento, uma fiscalização, uma coordenação e uma responsabilização, porque é de responsabilidade dele responder por aquele produto.

Então, neste momento, gostaria... Entendo o que V.Exa. diz, mas acho um risco enorme pegarmos essa segregação.

Então, não sei se me fiz entender por V.Exa. e gostaria de obter esta aula de V.Exa., que realmente, aprofundou-se sobre esse assunto que me angustia efetivamente.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR - RELATOR:

Compreendi perfeitamente.

Não, longe de mim aqui; V.Exa. falou em aula, de jeito nenhum. Estou trazendo de forma expositiva o problema que vamos ter, já temos esse problema, de um tempo pra cá e



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

vamos ter daqui para frente. Exatamente na linha que V.Exa. está trazendo sua preocupação.

Eu falo de ponderação de interesse. Então cada caso vai dizer o que é que vai acontecer e como vamos julgar.

O que é ponderação de interesse? Tem-se de um lado um princípio, tem-se do outro lado outro princípio e, então, se pondera, com vistas ao caso concreto, e aí se talha a roupa que se ajusta àquele corpo. Portanto, depende de cada caso. De um lado, temos a segregação de funções, que é um princípio de desconcentração, de descentralização da administração, e trabalhamos aqui com um marco, vamos dizer, um axioma legal: se é ordenador, em princípio responde; se não é ordenador, em princípio não responde.

Trazendo para a questão de engenharia. Se o problema é de medição da obra, quem tem o CREA ou as ARTs é quem vai medir, vai trazer isso e, em princípio, é o responsável. Não se pode responsabilizar o prefeito que assinou aquilo com base em uma pessoa que ele colocou ali, por fidúcia, para medir as obras. Essa é a regra geral. Agora, há situações que descambam para, vamos dizer, o caso isolado ao que se chama a exceção; a exceção que confirma a regra. E, aí, vai reger essa exceção um outro princípio, que é o princípio do domínio do fato.

O que é o domínio do fato? Temos que pensar a cadeia de responsabilização da administração pública como um grande ciclo, e ali dentro tem subciclos estanques. Então, se aqui embaixo tem um subciclo estanque, jamais chegará lá em cima no prefeito. Mas, se os fatos deixam muito claro que o prefeito contribuiu, estava dentro da modelagem, de uma certa forma, estava capitaneando a história toda, se verificamos, por indícios fortes, que ele era plenipotenciário de conhecimento do que acontecia, e, muito mais, urdiu toda aquela estrutura, para que acontecesse a fraude, há uma quebra desse subciclo de responsabilidade estanque, esboroa, e aí se vai buscá-lo. É o domínio do fato. O prefeito tem o domínio do fato, e, aí, muito embora, em regra, o prefeito não seja o gestor quando não é ordenador, ele passa a responder no processo de gestão.

Nesse caso de Dr. Ruy Harten, não querendo antecipar o meu voto, entendi que existiam elementos suficientes para enxergar a quebra desses subciclos. Então, nesse caso, eu iria para ponderação de interesse e prevaleceria ou preponderaria o princípio do domínio do fato em detrimento do outro princípio.

No caso, aqui, que estou analisando, e, aí, estou ajustando, à fiveleta, a ponderação de interesse, noto que, em Jaboatão dos Guararapes, apesar dos pesares, o processo tem seus problemas, e tanto que apontamos irregularidades para



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

alguns ordenadores de despesas, não houve essa quebra. Essa quebra se manteve na segregação de funções, a ponto de você não poder enxergar no prefeito aquele conhecimento onisciente, onipresente, de saber, de trabalhar para contribuir para que aquilo aconteça. Ou seja, adredemente e sub-repticiamente, ele preparasse os caminhos para que ocorresse a fraude.

Então, neste caso, aqui, estou entendendo que a ponderação aponta para a prevalência da regra, ou seja, segregação de funções, objetivamente, e afastando a responsabilidade do prefeito.

Mas, em cada caso, Conselheira, V. Exa. tem toda a razão, vamos ter que, infelizmente, enfrentar as questões, a partir dessa ponderação de interesse, coisa que já vimos fazendo.

CONSELHEIRA TERESA DUERE:

Eu acho fundamental que V. Exa. traga, por isso digo, parabênz V. Exa. por trazer esse tema, porque, agora mesmo, no processo de Dr. Ruy Harten, era colocado, aqui, não sendo ordenador de despesa, está livre, entendeu como é? E verificamos, por exemplo, que o gestor não deixa de ser um gestor, um prefeito. Vou dar um exemplo: vamos supor que ele pegue uma verba federal para construção de uma escola integrada. Ele não assina boletim, ele não assina nada dessa questão, mas ele está vendo, como gestor, que isso não fica pronto.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR - RELATOR:

E não ajusta os números.

CONSELHEIRA TERESA DUERE:

Não ajusta os números, não toma providências de cobrança, não demonstra. Então, quer dizer, houve, na verdade, uma parcialidade dali e uma má gestão em relação a essa questão.

Então, acho que esse ponto é muito bom para encerrar esse mantra "a pessoa não é ordenador de despesas, não tem responsabilidade". V. Exa. coloca com muita precisão.

CONSELHEIRO CARLOS PORTO - PRESIDENTE:



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

E, no caso anterior, Conselheira, se não me engano, no relato do Conselheiro Ruy Harten, houve homologação de licitações por parte do prefeito.

CONSELHEIRO JOÃO CAMPOS:

Sr. Presidente, e se tratava de uma fraude estruturada. Na outra questão se viu que teve a participação estruturadora do gestor no sentido de fraudar diversos procedimentos licitatórios, o que não se cogita no presente caso.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR:

Vou até resumir a preocupação de V. Exa.: embora exista a regra de que o ordenador de despesa é quem deva responder, a regra é essa, mas isso não é uma verdade apodítica, porque estamos sempre atrás da verdade material, e a verdade material se apresentando de outra forma, fazemos a ponderação que se fizer necessária.

Com relação ao outro recurso, Sr. Presidente, meu posicionamento... Esse primeiro foi o do Ministério Público, com relação só ao prefeito, mas dou provimento parcial ao recurso do Ministério Público, para incluir alguns outros responsáveis por algumas irregularidades. Dou provimento parcial, enfim, no final, conheço do presente Recurso, por preencher os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, dou-lhe provimento parcial, para julgar irregulares as contas das Sras. Ednalda Martins Cezar, Rita de Cássia de Moraes Monteiro e do Sr. César Romero de Araújo Muniz. Demonstro, nos autos, a participação dos demais citados no conjunto de irregularidades que ensejou a rejeição das contas da então Secretária Municipal, Sra. Mirtes Cordeiro. E, aí, faço algumas considerações que, de uma certa forma, já havíamos discutido isso na sessão, na assentada passada.

Com relação ao recurso da Sra. Mirtes, não dou provimento, porque as ponderações que ela traz e a documentação que ela traz não afastam, não elidem o posicionamento desta Casa, o posicionamento da jurisprudência desta Casa, e tampouco mudam minhas razões de votar.

Portanto, cuidam os autos de dois Recursos Ordinários interpostos com vistas a reformar o Acórdão TC nº 0917/15, da Segunda Câmara desta Corte, emitido nos autos do Processo TC nº 1104331-3, referente à Prestação de Contas de Gestor Municipal, exercício de 2010, da Prefeitura Municipal de Jaboatão dos Guararapes, complementado que foi pelo Acórdão TC nº 1281/2015, prolatado no âmbito do Processo de Embargos de



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Declaração TC nº 1504266-2, os quais culminaram no julgamento pela IRREGULARIDADE das contas da Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, então Secretária de Educação; pela REGULARIDADE daquelas do Sr. Henrique de Andrade Leite, Secretário de Assuntos Jurídicos; e pela REGULARIDADE COM RESSALVAS das contas das demais pessoas relacionadas pela equipe de auditoria.

O primeiro deles é o Recurso TC-PE nº 1506521-2, da lavra da Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues; o segundo, TCE-PE nº 1507439-0, interposto pelo Ministério Público de Contas, por meio da Ilustre Procuradora Dra. Germana Galvão Cavalcanti Laureano.

Convém salientar que a Segunda Câmara, por maioria dos votos, vencido o Exmo. Relator Conselheiro Substituto Ricardo Rios, em sede do processo original de Prestação de Contas, decidiu não imputar as responsabilidades apontadas pela equipe de auditoria ao então Prefeito, Sr. Elias Gomes da Silva, em função da vigência de Lei Municipal específica afastando-o das atribuições de ordenador de despesas. Por essa razão, o Exmo. Conselheiro Marcos Loreto proferiu voto alternativo que foi seguido pela Presidente, Exma. Conselheira Teresa Duere, posto que, em seu entendimento, as irregularidades apuradas não teriam o condão de contaminar as contas de Governo. Dessa forma, as contas de gestão do Prefeito foram julgadas regulares.

As irregularidades apontadas pela auditoria estão listadas às fls. 9119 a 9122, v. 46 dos autos do processo original (apensado), as quais transcrevo sinteticamente:

4.1 Despesas com multas e juros de mora;

4.2 Despesas que ferem princípios basilares da Administração Pública Princípios constitucionais do interesse público da economicidade, da razoabilidade e da eficiência;

4.3 Não encaminhamento dos atos de admissão de pessoal a esta Corte de Contas;

4.4 Irregularidades em contratos de aluguéis;

4.5 Remuneração dos professores contratados inferior ao piso nacional;

4.6 Burla ao Princípio do concurso público;

4.7 Irregularidade no aditamento de contrato;

4.8 Irregularidades nas contratações de atrações artísticas;



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

4.9 a 4.14 Irregularidades nos processos licitatórios Ns° 022/2010, 011/2010, 03/2010 044/2010, 063/2010, 017/2010 e 029/2009, pregão N° 012/2009.

Ao final dos processos de prestação de contas e embargos de declaração, restaram entendidas como passíveis de reprimendas as seguintes falhas e responsáveis:

Em relação à embargante Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues

a- Não pagamento do Piso Nacional aos profissionais do magistério, estabelecido na legislação federal;

b- Ausência de comprovação de que a renovação contratual seria a proposta mais vantajosa para a Administração, em descumprimento ao estabelecido no inciso II do artigo 57 da Lei n° 8.666/93, bem como indícios de envolvimento da empresa Geraldo J. Coan & Cia com a "máfia da merenda";

c- Contratação irregular de profissionais por meio de OSCIP, em flagrante descumprimento ao artigo 37, incisos II e IX, da Constituição Federal;

d- Ausência de justificativa da escolha, de comprovação da singularidade do produto e da justificativa do preço na aquisição de 5.000 exemplares do livro "Psicologia de combate às drogas", representando ofensa ao artigo 26, "caput", e incisos II e III da Lei n° 8.666/93;

e- Conduta negligente no que diz respeito à conservação do patrimônio público, tipificada no inciso X do artigo 10 da Lei n° 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), visto o descaso na distribuição dos livros adquiridos;

f- Várias irregularidades no **Pregão Presencial n° 012/2009** (Processo Licitatório n° 029/2009), para fornecimento de kits de fardamento destinado aos estudantes da educação básica, professores e funcionários técnicos e administrativos da rede municipal, com o valor total estimado de R\$ 11.613.942,64 (onze milhões, seiscentos e treze mil, novecentos e quarenta e dois reais e sessenta e quatro centavos). Destacam-se as seguintes irregularidades neste processo licitatório:

- 1- Escolha desarrazoada da empresa;
- 2- Cerceamento de competitividade na licitação;
- 3- Irregularidades na entrega e distribuição dos kits escolares;
- 4- Descumprimento do prazo de entrega dos uniformes escolares;
- 5- Ausência de formalização do contrato, descumprindo cláusula editalícia, que gerou a impossibilidade de



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

aplicação de qualquer sanção pela entrega parcelada dos bens adquiridos;

6- Apesar de expressa proibição do edital da licitação, observou-se a subcontratação do objeto;

7- Falta de controle de estoque e distribuição dos kits;

8- Irregularidades na liquidação da despesa, fato que contrariou as disposições contidas nos artigos 62 e 63 da Lei Federal n.º 4.320/1964, bem como no art. 15, § 8º, da Lei Federal n.º 8.666/1993;

9- Indícios de superfaturamento na aquisição dos kits.

Esclareceu o Exmo. Conselheiro Marcos Loreto, em seu voto vencedor, que os fatos acima transcritos ocorreram, todos, no âmbito da Secretaria de Educação do Município do Jaboatão dos Guararapes, na gestão da Senhora Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, então Secretária Municipal. Não caberia, dessa forma, "imputação de responsabilidade ao Prefeito Municipal, bem como às demais pessoas citadas no Relatório de Auditoria."

Em relação ao embargante Edir Pinto Peres

O Exmo. Relator dos Embargos, Cons. Marcos Loreto, considerou ter havido equívoco no Acórdão atacado, posto que ao mesmo fora imputada, tão somente, a responsabilidade pelo não envio de atos de pessoal ao Tribunal, conforme determina as normas desta Corte. Entendeu, então, o relator, que esse fato seria insuficiente para julgar suas contas irregulares e votou pela alteração da decisão para regulares, com ressalvas, deixando de aplicar multa diante da previsão contida no § 6º do art. 73 da Lei Orgânica desta Corte (redação original).

Em relação ao embargante Henrique de Andrade Leite

O Relator entendeu ter razão o embargante, uma vez constatado pela auditoria que o mesmo participara apenas como subscritor de um parecer de aditivo contratual, não lhe tendo sido imputada responsabilidade no voto vencido do Relator original, tampouco no voto divergente, e vencedor, no processo original, razão porque alterou para regulares as contas do embargante.

Os demais ordenadores de despesas listados às fls. 9106 à 9109 (v. 46) dos autos do processo de prestação de contas TCE-PE n.º 1104331-3, não signatários dos embargos de declaração, tiveram as suas contas julgadas regulares com



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

ressalvas e receberam a devida quitação, conforme se pode verificar no Acórdão primitivo T.C. n° 0917/15.

Uma vez não conferido o efeito modificativo aos seus embargos declaratórios, a Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues impetrou o recurso ordinário TCE-PE n° 1506521-2, o qual foi apensado ao recurso do MPCO, por lhe ser correlato. Por essa razão, elaborei relatório conjunto e proferirei, nesta mesma oportunidade, os votos relativos aos dois processos em análise.

Em seu recurso, a Sra. Mirtes Cordeiro apresenta suas contrarrazões em tópicos alusivos às irregularidades que lhes restaram imputadas após o julgamento dos embargos declaratórios, contra o qual ora se insurge. Vejamos, em síntese, as alegações da recorrente, obedecendo a ordem tópica imposta pela peça recursal.

"III - DA IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA SECRETÁRIA POR ATOS APONTADOS. INEXISTÊNCIA DE ATUAÇÃO DIRETA DA GESTORA MAIOR"

- A complexidade da gestão, pelas características específicas do município, levou à descentralização de atribuições e, conseqüentemente, à delegação de funções, não cabendo diretamente à recorrente a execução de todas as atividades da Secretaria de Educação, da qual era a titular;

- Não era a única ordenadora de despesas da Secretaria, de modo que não lhe poderia ser imputada a responsabilidade pela totalidade dos atos ali praticados;

- A responsabilização do agente público deve obedecer aos cânones da Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, que prescreve a regra de que a responsabilização de servidor público somente se imputa diante de ato ou omissão antijurídica, praticado com culpa ou dolo, que enseje dano material ou moral, devendo ser apurado o grau de envolvimento individual e o nexó causal, evitando-se a responsabilização indistintamente a todos os ordenadores de despesas, sob pena de caracterizar-se a responsabilidade objetiva do agente *"...de todo afastada pelo nosso ordenamento."* (cita o voto e o Acórdão n° 54/2006, do TCU, à fl. 22 dos autos do recurso TC N° 150521-2).

- O relatório de auditoria e o Acórdão atacado não individualizaram as condutas de cada responsável, de modo a identificar quem praticou os atos, quais os meios empregados, os malefícios que produziram e os respectivos motivos. Somente assim, examinando-se a conduta de cada um dos responsáveis, poder-se-ia apontar com retidão as respectivas culpabilidades.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Em assim não se procedendo, comprometeu-se o princípio da ampla defesa e do contraditório, posto que "...a instauração de processo em desfavor de alguém que não praticou os atos que ensejaram sua instauração denota verdadeira dificuldade, quiçá impossibilidade, de contraditar as alegações, pelo simples fato de desconhecê-los.". (cita o Acórdão 247/2002, do TCU, à fl.13).

- A função maior de comando, no caso, de Secretária Municipal, não pode prescindir da colaboração de diversos servidores, amplamente capacitados para o desempenho de suas funções, em especial aqueles envolvidos com a realização de licitações, contratos e emissão de pareceres jurídicos, de modo que não lhe parece razoável ser-lhe exigida competência técnica para divergir dos posicionamentos técnico-jurídicos emitidos por tais agentes, de forma que a culpa por "...supostas falhas perpetradas sob a supervisão de agentes técnicos específicos com autonomia para praticar o ato e por ele responder (...) deve ser direcionada a cada agente na medida de sua culpabilidade."

- As falhas apontadas decorrentes "...de imperfeições no tocante a procedimentos licitatórios, irregularidades na execução de contratos, contratações de OSCIPs e estagiários, que não tiveram a ingerência direta e essencial da ora recorrente na realização do ato (...) (irregularidades na entrega e distribuição dos kits escolares, descumprimento do prazo de entrega dos uniformes, subcontratação do objeto, falta de controle de estoque e distribuição de kits, etc) são agir típicos dos funcionários responsáveis pelas respectivas áreas (...) que não podem ser realizados, até mesmo por razões humanas, pela ora recorrente."

"IV - REMUNERAÇÃO DOS PROFESSORES CONTRATADOS INFERIOR AO PISO NACIONAL"

- Neste item, a recorrente alega que ao tempo da auditoria a gestão assumira havia aproximadamente um ano, sendo certo que o Prefeito Elias Gomes herdara um verdadeiro caos administrativo, sem procedimento de transição e que, por essa razão, em 2010 o município ainda estava ajustando as contas públicas, inclusive com as necessárias modificações legislativas, a fim de atender às exigências da Lei do Magistério. Ao final, cita o Acórdão T.C. N° 391/12 (fl.44), deste TCE, que deliberou pela regularidade com ressalvas da auditoria especial realizada nas contas da Prefeitura de



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Xexéu, exercício 2011, contendo irregularidade da mesma natureza.

"V - BURLA AO CONCURSO PÚBLICO"

Aqui, insurge-se a recorrente contra a conclusão do Acórdão recorrido a respeito da contratação de estagiários e servidores temporários que, em conjunto, atentariam contra o princípio do concurso público. São as seguintes as suas alegações:

- A contratação de estagiários, aduz, destinou-se ao exercício de funções de apoio à Educação Especial, tendo sido obedecidos os requisitos da lei específica (não diz qual) e da Instrução Normativa SEDUC nº 01/2010, que prevê a presença de um auxiliar em todas as turmas da Educação Infantil, função essa desempenhada pelos estagiários. Esclarece que a presença em sala de aula em substituição a professor teve caráter transitório, a fim de evitar prejuízos pedagógicos aos alunos, enquanto eram concluídos os trâmites burocráticos relativos à homologação, posse e exercício dos profissionais aprovados no concurso de provas e títulos realizado no ano de 2009/2010. Acrescenta que a bolsa-auxílio foi paga em conformidade com o artigo 12, da Lei 11788/2008 e que a supervisão das atividades foi devidamente executada, conforme relatório de atividades disponibilizado pelo CIEE.

- Em relação às contratações temporárias, alega que a matéria já é superada, que o entendimento da auditoria acatado pelo Acórdão não é a melhor interpretação desse instituto, além de afrontar disposições de leis estaduais e federais. Alega a recorrente, repetindo os mesmos argumentos da sua defesa prévia, que as contratações seguiram lei municipal reguladora (Lei nº 99/2001), a qual está em simetria com legislação estadual (Lei nº 10.954/1993, que estabelece, em casos específicos, a contratação por até 24 meses, podendo ser prorrogável por igual período) e com a Constituição Federal (art.37, inciso IX). Citou Lei Federal (de nº 8.745/93) que permitiria contratações por até 6 anos, como também deliberação deste Tribunal que teria julgado legais contratações temporárias realizadas pela Prefeitura Municipal de Bonito, onde Lei Municipal previa o prazo de 48 meses.

- Que os contratos temporários auditados destinaram-se a serviços públicos essenciais, a exemplo de saúde, educação e limpeza, e que os atos impugnados não podem ser entendidos como ímprobos, posto que não feriram os princípios constitucionais atinentes à matéria, não frustraram direitos de terceiros e, muito menos, configuraram má-fé. Cita extensa jurisprudência do TRF 5ª Região, STJ e STF (fls. 52 a 28).



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

"VI - IRREGULARIDADE NO ADITAMENTO DE CONTRATOS"

Neste item, o Acórdão guerreado manteve a anotação da auditoria relativa à ausência de demonstração da vantajosidade da renovação dos contratos 029 e 031/2006, destinados ao fornecimento de merenda escolar, aditados que foram a despeito das irregularidades elencadas no Acórdão TCU N° 675/2011 (fls. 4244 a 4269 dos autos originais). Vejamos os argumentos da recorrente:

- que os serviços contratados foram prestados com boa qualidade e que o preço unitário fora compatível com os praticados no mercado, sendo certo que a auditoria não mencionou qualquer tipo de dano ou prejuízo ao erário. Afirma que ao final da vigência inicial dos contratos o valor era de R\$ 0,99, enquanto nos pregões da Prefeitura do Recife, PP n° 001/2009, R\$ 1,03; da concorrência 008/2005, da Prefeitura do Cabo, R\$ 1,18 para escolas e R\$ 3,55 para creches; na concorrência 009/2005, também do Cabo de Sto. Agostinho, R\$ 1,18, para o PETI; na PP n° 05/2007, da Prefeitura de Ipojuca, R\$ 1,18. Assegura que esses dados poderiam ser facilmente comprovados pela equipe de auditoria do TCE.

- Que esta Corte de Contas considera que esse tipo de falha não constitui motivo para rejeição de contas (cita os Acórdãos T.C. N°s 930,469,443 e Decisões n°s 0821 e 0166, todos de 2011, às fls. 59 a 64).

- Esclarece, no caso do contrato n° 029/2006, rescindido unilateralmente pelo Município, segundo a auditoria, no final do exercício financeiro de 2008 ("ao apagar das luzes" da gestão do Sr. Newton D'Emery Carneiro), que a SEDUC anulou tal decisão por vícios de legalidade, a exemplo da ausência do contraditório, como também por inconveniência administrativa, uma vez que a Administração Municipal restaria vinculada a apenas um fornecedor de merenda escolar.

- Que o novo certame licitatório realizado em 2011 (PP n° 014/2011) atendeu às recomendações do TCU, ampliando a quantidade de fornecedores e que o fato de não haverem localizado o processo que deu origem aos contratos auditados não prejudica a formalização dos aditivos combatidos pela auditoria, uma vez que documentos outros, tais como termos anteriores, planilhas, requerimentos outros, etc, permitiram a averiguação da vantajosidade dos preços. Acrescenta que o TCE poderia, caso entenda necessário, requerer cópia do processo ao TCU.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

"VII - IRREGULARIDADES NO PROCESSO LICITATÓRIO N° 044/2010 - INEXIGIBILIDADE 004/2010. CONTRATAÇÃO DE OSCIP."

Neste item, relativo à contratação da OSCIP Universidade da Juventude, houve o apontamento do descumprimento da Decisão TC n° 1134/2004, uma vez que não foi realizado o necessário concurso nem contratação temporária para a execução do Programa Juventude e Cidadania Ativa, destinado a 900 alunos da rede municipal de ensino e grêmios estudantis.

São as seguintes as alegações da recorrente:

- Que a contratação destinara-se à execução de um projeto, e não de um programa, tendo, portanto, *"...começo, meio e fim programados e bem definidos..."*, diferentemente das atividades de rotina, nesse caso, o resultado da ação é novo, qual seja, a *"...preparação de 30 multiplicadores (...) com a participação apenas de 01 facilitador e 02 especialistas da Universidade da Juventude, não sendo necessária a realização de CONCURSO PÚBLICO ..."*.

- Que houve equívoco interpretativo dos auditores, porque o foco do projeto não era a intermediação de mão de obra via Pessoa Jurídica, posto que as atividades destinaram-se à capacitação e formação com prazos e quantitativos definidos (tabelas às fls. 68 a 70 dos autos do recurso ordinário).

- Que a Universidade da Juventude, apesar de sua qualificação como OSCIP, não fora contratada como tal, ou seja, com os privilégios da Lei, mas como *"...qualquer outra Empresa com os descontos e impostos que a Lei Tributária requer e por ser a única Empresa detentora do Curso Juventude e Cidadania Ativa e outros Projetos..."* ganhadora, inclusive, de prêmio internacional do *North-South of the Council of Europe*.

- Que não houve ato de improbidade administrativa, uma vez que não há demonstração comprovada de má-fé nem indicativo de beneficiamento da recorrente ou de terceiros. Admite que podem ter ocorrido enganos, falhas formais, mas nunca a improbidade da maneira como lhe definem a doutrina e jurisprudência. Cita diversos julgados do STJ e do TRF (fls. 71 a 76).

"VIII - IRREGULARIDADES NO PROCESSO LICITATÓRIO N° 063/2010 - INEXIGIBILIDADE N° 010/2010. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DO PREÇO"



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Os auditores concluíram pela irregularidade do processo de inexigibilidade para aquisição de 5.000 exemplares do livro Psicologia de Combate às Drogas, posto que consideraram que não foram caracterizadas a escorreita justificativa para escolha do objeto, a sua singularidade, a comprovação da exclusividade do fornecedor nem, tão pouco, a justificativa do preço, em desconformidade com o disposto no *caput*, parágrafo único e incisos I e II do artigo 26 da Lei 8666. Os auditores constataram, ainda, que não houve a correta distribuição de 510 livros e o adequado acondicionamento dos mesmos em estoque.

A recorrente alega que:

- A escolha do livro decorreu do escopo de abrangência da obra, que incluía aspectos religiosos entendidos como relevantes pela Prefeitura, o que não se vê nos exemplos citados pela auditoria.
- Que deveria ser aplicado ao caso o Princípio da Insignificância, haja vista que o estoque remanescente não distribuído (510 livros) representou apenas 10% do total adquirido.

IX - IRREGULARIDADES NO PROCESSO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 007/2010

O Acórdão guerreado corroborou as constatações da auditoria relativas à contratação da OSCIP Instituto Pro-Cidadania, ocorrida com base na dispensa prevista no inciso XIII, artigo 24 da Lei 8666, sem pesquisa de preços de mercado, como também de que a Prefeitura mantinha em seu quadro de cargos comissionados um membro do Conselho Fiscal da OSCIP contratada, bem como a filha do seu Diretor-Presidente. O primeiro, como assessor jurídico da Secretaria de Gestão da Receita; a segunda, Gerente de Articulação e Promoção das Políticas para a Juventude, da Secretaria Especial da Juventude.

A recorrente argumenta em sua peça que a própria auditoria afirmou que a Secretaria Municipal de Promoção Humana e Assistência Social atestou que os preços apresentados pelo Instituto eram compatíveis com o mercado. Além disso, afirma que não existia óbice legal à nomeação dos dois servidores citados, sendo certo que ambos não exerciam atividades executivas na OSCIP nem qualquer atividade na Prefeitura em que pudessem exercer influência na contratação impugnada.

"X - IRREGULARIDADES NO PROCESSO LICITATÓRIO Nº 029/2009 - PREGÃO Nº 012/2009"



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Trata-se de licitação para a aquisição de "kits" de fardamento escolar. As irregularidades citadas pela auditoria foram: a) escolha desarrazoada de empresas convidadas para a cotação de preços destinada à fixação dos limites de aceitabilidade do certame; b) cerceamento à competitividade; c) irregularidades na condução do pregão; d) irregularidade na entrega e distribuição dos kits; e) descumprimento dos prazos de entrega; f) ausência de contrato entre a Prefeitura e a empresa vencedora; g) subcontratação indevida; h) inexistência de planejamento e controle de estoques; i) irregularidade na liquidação da despesa; j) preços superfaturados.

Preliminarmente, a recorrente aduz que os argumentos apresentados na sua defesa prévia não teriam sido enfrentados, "motivadamente", pela 2ª Câmara. Alega que demonstrou, desde o início, "à saciedade", a ausência de dolo, má-fé ou prejuízo ao erário, mas apenas, "quando muito", falhas formais incapazes de contaminar suas contas.

Quanto ao mérito, em síntese, as alegações foram as seguintes:

Em relação à escolha das empresas cotantes (a), que as cotações foram feitas com as empresas citadas porque representantes da prefeitura tiveram a oportunidade de conhecer a qualidade dos seus produtos, superior aos conhecidos localmente, inclusive com preços semelhantes. Que esse procedimento não pode ser entendido como ilegal ou imoral, porque não existem limitações "regionais" para a licitação pública e que 58 empresas adquiriram o edital, sendo 48 de Pernambuco. Por fim, aduz que no momento da contratação as empresas não possuíam "mácula em suas atividades" e que ofertaram o melhor preço entre as concorrentes.

No quesito do cerceamento da competitividade (b), que o entendimento dos auditores de que a licitação por "kits" e não por itens prejudicaria a participação de um maior número de empresas, notadamente as de menor porte, não deve prevalecer. Isso porque a legislação somente indica o fracionamento do objeto quando essa prática for técnica e economicamente viável. No caso concreto, a recorrente defende que se a licitação fosse fracionada "*...os alunos jamais teriam o seu fardamento completo no início do ano letivo e, quem sabe, durante todo o semestre. Na realidade o que ocorreria era uma desorganização na Rede Municipal, envolvendo tempo, valor e atendimento ao público-alvo*". Acrescenta, ainda, que 27 empresas afirmaram ter condições de entregar os kits nas condições e prazos estabelecidos no TR, número esse que confirma a competitividade do certame.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Já no que concerne às irregularidades no procedimento do pregão (c), a recorrente afirma que não pode ser responsabilizada por eventuais irregularidades, posto que a condução do certame era de total responsabilidade da Pregoeira, mas que, ainda assim, não poderia corroborar com as assertivas da auditoria de que não teria sido cumprida sequência ordenada de procedimentos estabelecida no art.4º da Lei 10.520/2002, com o fito de favorecer a Empresa Acolari. Afirma que todos os passos da lei foram obedecidos e que o que houve teria sido, tão somente, "...um equívoco da comissão na disposição das fls. do processo, pois o quadro o qual demonstra a abertura da etapa de lances foi colocado no final do processo às fls. 1454, 1455 e 1456, gerando toda uma confusão na análise do procedimento." Por fim, reitera que todas as propostas de preços ficaram abaixo do valor estimado para o citado pregão.

No que se refere à irregularidade na entrega e distribuição dos kits (d), a recorrente alega que o problema da distribuição não foi informado à SEDUC, mas que, mesmo assim, ocorreu um equívoco da tabela elaborada pela auditoria. O que houve foi uma falha residual, em quantidade mínima, representando apenas 10% do total adquirido; que a distribuição por item, ao invés dos kits, foi observado em situações isoladas e mínimas, não se constituindo a regra; e que as caixas de papelão em que foram acondicionados os uniformes eram apropriados. Conclui afirmando que os fardamentos foram entregues, os serviços de entrega realizados e que não houve prejuízo ao erário municipal nem aos alunos, de modo que as exceções identificadas pela auditoria não teriam o condão de configurar a má-fé dos gestores.

Em relação ao descumprimento do prazo de entrega (e), afirma a recorrente que o fardamento começou a ser entregue no prazo estipulado no edital (final de abril, começo de maio/2010), mas que fora interrompido por força da situação de emergência decretada pelo Governo do Estado, decorrente das fortes chuvas ocorridas no mês de junho daquele ano, tendo sido retomada a distribuição do restante do material (cerca de 50%) a partir de agosto, posto que rescindir o contrato, àquela altura, causaria mais danos ainda ao Erário. Considera que não houve prejuízo na distribuição dos calçados e uniformes em decorrência do crescimento dos alunos, como supuseram os auditores, posto que esse crescimento não impediu a boa utilização das peças distribuídas, uma vez que a taxa de crescimento nas faixas etárias dos beneficiários não são significativas. Cita a Decisão TC nº 1417/09 para demonstrar que esse tipo de falha não ensejaria a rejeição de contas.

No item (f), inexistência de contrato firmado, a auditoria entendeu que as características do objeto



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

(70.000kits de fardamento com diversos itens e padrões diferentes) em conjunto com as exigências logísticas do edital tornariam obrigatória a pactuação contratual, nos termos do artigo 62 da Lei 8666. Mais ainda, o próprio edital estipulava a existência do contrato, em suas cláusulas 14.1 e 14.2. A recorrente, por seu turno, discorda dessa interpretação, alegando que o processo previa a entrega imediata do objeto e que todas as obrigações do fornecedor estariam previstas nas várias cláusulas do instrumento convocatório. Ressalta que houve o cuidado de se exigir Patrimônio Líquido de 10% dos licitantes, a fim de garantir serem capazes economicamente de atender a demanda da Administração. Por fim, afirma que, se houve atraso na entrega, isso não seria suficiente para descaracterizar o imediatismo do prazo estipulado no edital, sendo, tal fato, de responsabilidade única da empresa fornecedora. Ao final, cita a Decisão TC nº 0397/11 para ilustrar que esse tipo de falha não ensejaria a rejeição das contas.

Da subcontratação indevida (g), a auditoria constatou que a empresa contratada Acolari Ltda. recorreu a terceiros estranhos ao negócio firmado com a Prefeitura do Jaboatão para o fornecimento de tênis, mesmo com cláusula explícita contida no Edital vedando a subcontratação. A recorrente alega que a Acolari, apesar de ser uma empresa especializada no "desenvolvimento e produção de uniformes e kits escolares", não fabrica a "matéria prima", ou seja, o tecido, a tinta, a linha, o couro, etc. Mais ainda, que isso não caracterizaria a subcontratação, pois esta não se confunde com associação, cessão, transferência, fusão, cisão ou mesmo incorporação. No final aduz que, mesmo que assim tivesse sido, a doutrina é majoritária em afirmar que a subcontratação é possível, não é procedimento vedado pela Lei de Licitações.

Da ausência de planejamento e de controle de estoques (h). A recorrente discorda do apontamento de que não teria havido planejamento nem controle de estoques. Alega que a Prefeitura baseou-se no Censo Escolar de 2008, pois o censo de 2009 só foi divulgado pelo INEP entre maio e junho de 2010, depois da realização do certame. Assim, o número de alunos matriculados era de 54.211, gerando uma diferença de 8.169 alunos, e não de 11.989 como afirmou a auditoria. Acrescenta que estimou em 7.000 novos alunos matriculados para o ano de 2010, bem como um quantitativo a mais (não precisou quanto) decorrente da incorporação de novas unidades escolares. Quanto à questão do controle do estoque, a recorrente alega que a Prefeitura contratou uma empresa especializada, a *TCI Business Process Outsourcing*, para proceder à guarda e distribuição dos produtos e que a Administração teria sim o controle do que comprou e do que recebeu. Afirma que a auditoria se confundiu quando elaborou a planilha acostada à fl. 8189 dos autos



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

originais, sendo certo que a diferença entre a quantidade de itens adquiridos e distribuídos foi mínima. Mais uma vez cita decisão desta Corte (TC nº 0435/2010) em que foram julgadas regulares contas com falhas semelhantes de planejamento e controle de estoques.

Quanto as irregularidades na liquidação das despesas (i), admite que houve falhas no procedimento de atesto das notas fiscais dos produtos entregues, mas que, mesmo assim, nenhuma despesa foi paga sem a regular liquidação. Em relação ao faturamento antecipado reafirma que as notas fiscais citadas nunca foram liquidadas e os respectivos empenhos, por sua vez, foram anulados. Por fim, aduz que as irregularidades são de cunho formal e que não prejudicariam a entrega dos produtos e os respectivos pagamentos, não tendo o condão de rejeitar as suas contas, conforme diversas deliberações desta Corte nesse sentido (Acórdãos TC N°s 806 e 1140, ambos de 2011).

Por fim, do apontamento de superfaturamento (j), reclama que a auditoria e o Acórdão insistiram em basear-se *"...única e exclusivamente, em investigações que estão sendo realizadas no Sudeste do País contra a empresa Acolari Indústria e Comércio de Vestuário Ltda. vencedora do certame. Note, com fundamento em meras perquirições, sem condenação, sem processo judicial ou administrativo a atestar os acontecimentos."*. Argumenta que a licitação realizada em Jaboatão não tem correlação alguma com o processo ocorrido em outro município; que não há investigação semelhante no âmbito da Prefeitura do Jaboatão; reitera que a cotação de preços foi "devidamente realizada" e que os preços apresentados pela empresa vencedora estavam compatíveis com aqueles das demais empresas cotadas, não existindo, portanto, qualquer indício de superfaturamento. Argumenta que os auditores não poderiam apontar superfaturamento baseados apenas em notícias da internet. Inexistindo dano ao erário, conseqüentemente, seria incabível a recomendação pela anulação do certame bem como, decorrente disso, a devolução de valores. Incabível, também, a acusação de improbidade, posto que não demonstrados dolo nem má-fé.

Ao final, requer a postulante que:

"Ante os fundamentos expostos, e observando-se os documentos que acompanharam a defesa, bem como a ausência de responsabilidade subjetiva da recorrente, e ainda a inexistência das apontadas irregularidades, que quando muito representam mesmo meras irregularidades formais, incapazes de impor a dura censura decorrente da reprovação de uma conta, requer (...) seja provido o presente Recurso para, reformando o acórdão da Eg. 2ª



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Câmara deste TCE/PE, aprovar suas contas, danado-lhe a devida quitação.”

O MPCO, por seu turno, irresignado, ofereceu recurso ordinário com as seguintes considerações:

- que, a despeito de não ter atuado como ordenador de despesas, o então Prefeito, na qualidade de gestor maior da Administração Municipal, deveria ser responsabilizado face a gravidade das falhas proclamadas no julgado recorrido, a exemplo de burla ao concurso público, contratação temporária para exercício de funções próprias de cargos previstos no Plano de Cargos do Município, admissão de estagiários para exercício de funções próprias de servidores, contratação irregular de profissionais via OSCIP e contratação irregular de OSCIP via Dispensa e em ofensa ao princípio constitucional da impessoalidade;

- que tais faltas, "...sob os prismas da verdade material, da razoabilidade e do domínio dos fatos...", ainda que materializadas por atos dos Secretários em favor de quem fora delegada a ordenação de despesas, estão relacionadas à opção político-administrativa municipal e, indubitavelmente, por força do art. 65, incisos X e XIII da Lei Orgânica do Município de Jaboatão, seriam da competência do Prefeito, afinal nenhum Secretário é pleno potenciário para fazer ou deixar de fazer um concurso público, para contratar profissionais via OSCIP para suprir a demanda de pessoal de duas pastas, mesmo que, ao final, coubesse a tais agentes políticos a materialização dos atos respectivos;

- que, no caso específico da contratação por dispensa de licitação da OSCIP Instituto Pro-Cidadania, teria havido ofensa ao princípio da impessoalidade e que a participação do Sr. Elias Gomes da Silva restaria evidenciada pelo fato de, no mesmo exercício financeiro de 2009 em que firmara Convênio com o Governo do Estado transferindo para o Município a execução das atividades que seriam posteriormente contratadas, sem justificativa de preço, junto àquele Instituto (que também prestava serviços ao Estado de Pernambuco), ter nomeado para o exercício de cargo em comissão na Prefeitura de Jaboatão duas pessoas vinculadas àquela OSCIP: a Sra. Luciana Cavalcanti Tavares, filha do Presidente do Instituto contratado, e o Sr. José Olivaldo de Holanda Pereira, membro titular do Conselho Fiscal do referido Instituto. Ainda neste tópico, pugna pela responsabilização da Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo, titular da Secretaria de Promoção Humana e Assistência Social, pela contratação por dispensa de licitação do retrocitado Instituto, bem como da OSCIP Universidade de Juventude, no âmbito do Projeto Juventude e Cidadania Ativa.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

• Que foram graves as inúmeras irregularidades verificadas no Pregão nº 012/2009, referente à aquisição de fardamento escolar, como também a renovação da contratação de empresa para fornecimento de merenda escolar com indícios de participação na "máfia da merenda" investigada pelo Ministério Público de Minas Gerais, sem comprovação da vantajosidade. Em síntese, o MPCO repete as falhas apontadas pela auditoria e acolhidas pelo Acórdão guerreado, quais sejam: a) direcionamento na formação dos preços básicos; b) direcionamento em favor da Empresa Acolari Indústria e Comércio de Vestuário Ltda., mediante cerceamento à competitividade; c) irregularidades na condução do pregão em benefício da contratação da empresa retrocitada; d) fraude na execução contratual em prejuízo ao erário municipal.

• que esses vícios e o dano causado ao erário municipal, em razão da ausência da entrega de grande parte dos kits de uniformes escolares contratados, foram reconhecidos pelo julgado adversado, que, todavia, absteve-se de proceder à imputação do débito pertinente, da ordem de R\$ 8.424.019,44, em desfavor dos agentes apontados como responsáveis pela área técnica;

• que o reconhecimento, por parte da própria empresa contratada, de que não fabrica uniformes revela que os poucos itens que foram entregues às escolas municipais dela não provieram, o que deveria impor a glosa de todas as despesas efetuadas em seu favor, sob o pretexto de pagamento de uniforme escolar, no montante de R\$ 9.729.147,62, ainda por cima porque contaminada pelo vício de superfaturamento, conforme pronunciado pela Câmara Julgadora;

• que o encadeamento dos atos descritos revela que teria havido uma fraude orquestrada, no âmbito da Administração Municipal de Jaboatão, a fim de lesar os cofres públicos em favor da empresa Acolari e que extrapolou os limites da Secretaria de Educação, de maneira a atrair a responsabilidade não só da então titular daquela Pasta, Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, mas também da então Gerente de Planejamento Educacional, Sra. Ednalda Martins Cezar, autora da cotação de preço básico e elaboração do Termo de Referência do Pregão nº 09/2012 (fls. 6096-6131 e 6025-6093, vol. 31); da Sra. Rita de Cássia de Moraes Monteiro - Pregoeira; do Sr. César Romero de Araújo Muniz - Chefe do Núcleo de Controle e Distribuição de Equipamentos e Material Escolar, responsável pela distribuição dos uniformes e pela informação de que as escolas estão desobrigadas de conferir os materiais recebidos (fls. 7655-7656, vol. 39); e também do então Prefeito, Sr. Elias Gomes da Silva, notadamente por se tratar de um dos contratos mais relevantes do Município,



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

firmado junto à empresa Acolari Indústria e Comércio de Vestuário Ltda. - integrante do mesmo grupo econômico da empresa Geraldo J. Coan & Cia., envolvida na cognominada "máfia da merenda escolar" e beneficiada em sua gestão com prorrogação contratual sem comprovação de vantajosidade, com o agravante de que, mesmo com a divulgação dos graves fatos ocorridos em Ipatinga/MG, aditou-se, em 2011, a contratação em 25%, no montante de R\$ 2.432.130,30.

Expostas as suas razões, requer o Ministério Público de Contas que o Recurso impetrado seja conhecido para fins de reformar, em parte, o Acórdão T.C. nº 0917/15, de modo a:

1. julgar **irregulares** as contas de gestão da Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo, Secretária de Promoção Humana e Assistência Social, alusivas ao exercício financeiro de 2010;

2. julgar **irregulares** as contas de gestão do Sr. Elias Gomes da Silva, pertinentes ao exercício financeiro de 2010, imputando-lhe, em caráter solidário com as Sras. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, Ednalda Martins Cezar, Rita de Cássia de Moraes Monteiro e com o Sr. César Romero de Araújo Muniz, o **débito de R\$ 9.729.147,62**, em razão do caráter indevido dos pagamentos efetuados em favor da empresa Acolari.

2.1. Em caráter eventual e sucessivo, propugna, ainda, o órgão ministerial, que o débito seja imputado no montante de R\$ 8.424.019,44, por corresponder ao valor calculado pela área técnica como equivalente à diferença entre o *quantum* pago em favor da empresa contratada e aquele efetivamente entregue em favor da Prefeitura.

Notificados, os interessados apresentaram defesa conjunta, acostada às fls. 32 a 79 dos autos do processo TC nº 1507439-0, à exceção do Sr. Elias Gomes da Silva.

Na peça, os defendentes afirmam - e lhes assiste razão - que o escopo do recurso do órgão ministerial assenta-se em apenas três dos diversos pontos elencados no Acórdão guerreado. São eles:

a) a responsabilização do Prefeito pelos atos que resultaram na contratação de OSCIPs e pelas irregularidades apontadas na formalização e execução do contrato firmado com a empresa Acolari Indústria e Comércio de Vestuário Ltda., destinado ao fornecimento de fardamento escolar;

b) indevida ausência de responsabilização da recorrida, Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo, então Secretária de Promoção Humana e Assistência Social, face à



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

contratação das OSCIPs Universidade da Juventude e Instituto Pró-Cidadania;

c) as irregularidades apontadas na formalização e execução do contrato com a empresa Acolari teriam gerado prejuízos econômico-financeiros, cujo ressarcimento deveria ter sido determinado pelo Acórdão combatido.

Em relação ao primeiro ponto, verifica-se na peça que não houve o pronunciamento do Sr. Elias Gomes da Silva, apesar de ter sido regularmente notificado, conforme ofício acostado à fl. 25 dos autos do processo TCE-PE N° 1507439-0.

Quanto ao segundo tópico, no que pertine à inclusão da responsabilização da Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo, a defesa alega que *"...o intento da recorrente (no caso, o MPCO) é de incluir na condenação a responsabilidade do Chefe do Executivo, trazendo a reboque, sem maiores detalhes, a ora recorrida."* Esse recurso, segundo a defendente, dificultou sobremaneira a sua defesa, pois a peça recursal não teria individualizado a prática do ato de cada um dos responsabilizados, podendo o recurso ministerial, desse modo, ser considerado inepto, pois, uma vez desconhecida a extensão da imputação que lhe foi lançada, entende que lhe foi cerceado o direito à ampla defesa. Acrescenta que o mérito da questão, qual seja, a legalidade da contratação de OSCIP por dispensa ou inexigibilidade já fora enfrentada pela 2ª Câmara, a partir do voto da Conselheira Teresa Duere e do Cons. Marcos Loreto. Transcrevo o argumento:

"O tema da forma de contratação, como já proclamado no lúcido voto da Conselheira Teresa Duere, que acompanhou o Conselheiro Marcos Loreto, já foi objeto de apreciação deste Plenário (sic), dada a existência de relação contratual de quase todos os Municípios do Estado de Pernambuco com tais entidades. No referido julgamento a Corte de Contas, em seu órgão máximo, já havia se manifestado no sentido de aferir o cumprimento da obrigação firmada no instrumento, inexistindo a apontada ilegalidade da 'inexigibilidade de licitação'".

Em seguida, no mérito da irregularidade, a defesa repete os mesmos argumentos esposados no âmbito do processo original (fls. 8348 a 8357), sendo, inclusive, também semelhantes àqueles apresentados no recurso da Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues (processo TCE-PE 1506521-2), no sentido de que a contratação da OSCIP Universidade da Juventude destinara-se à execução de um projeto, e não de um programa, com *"...começo, meio e fim programados e bem definidos..."*; que o foco do projeto não era a intermediação de mão de obra via Pessoa Jurídica, posto que as atividades destinaram-se à capacitação e formação com prazos e



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

quantitativos definidos; e, por fim, que não houve ato de improbidade administrativa, uma vez que não há demonstração comprovada de má-fé nem indicativo de beneficiamento da recorrente ou de terceiros.

Em relação à contratação da OSCIP Instituto Pró-Cidadania, a defesa, mais uma vez, repete os mesmos argumentos já lançados previamente no processo original de Prestação de Contas, de que a dispensa de licitação apresentou todos os requisitos exigidos pelo artigo 26 da Lei 8666, inclusive a justificativa de preços. Acrescenta que:

"As assacardilhas lançadas na peça recursal são todas decorrentes de uma ilação constituída pela douda Representante do MPC. Não há nem mesmo qualquer indício de prova sobre a influência direta ou indireta das pessoas indicadas na contratação da empresa. Emprestar valor probante as argumentações do MPC, sem o devido lastro em meio de prova válido, é derrogar toda e qualquer garantia constitucional da inocência. O simples fato de um funcionário do município participar da OSCIP na condição de membro do Conselho Fiscal não possui o condão de macular a contratação, sob a eiva da afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade." (...) Caberia à recorrente, com esteio em prova válida, e não simplesmente através de suas ilações, demonstrar, a saciedade, a concorrência de atuações que ensejaram a contratação da OSCIP, pelo fato de fazer parte de seu Conselho Fiscal funcionário público detentor de cargo comissionado."

Finaliza argumentando que não há nos autos, originais ou recursais, indícios de pagamento a maior ou inexecução do objeto avençado com a OSCIP, fato esse já destacado no voto da Conselheira Teresa Duere; que a opção pelo Instituto Pró-Cidadania foi a mais acertada, diante da sua *expertise* no tema, inclusive por conta de ser a instituição contratada pelo próprio Governo Estadual para coordenar o programa no âmbito do Estado; e que, *ad argumentando tantum*, a competência para nomeação de servidores para cargos em comissão no Município não pertence aos secretários municipais.

Em relação ao terceiro ponto do recurso ministerial, em que se propugna a extensão da responsabilização a outros servidores não relacionados na inicial, bem como a imputação de débito por prejuízo causado ao erário decorrente da formalização e execução do contrato com a empresa Acolari Indústria e Comércio de Vestuário Ltda. (destinado ao fornecimento de fardamento escolar), a defesa trouxe os mesmos argumentos já levantados na inicial (fls. 8357 a 8381, processo TC nº1104331-3), bem como na peça recursal individual da Sra. Mirtes Cordeiro, já elencadas anteriormente neste



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

relatório. Destaco, portanto, por economia processual, o único ponto que considero novo:

"IV - DO INEXISTÊNCIA DE DANO CONCRETO. PEDIDO DE RESSARCIMENTO FIXADO ATRAVÉS DE DANO HIPOTÉTICO."

Alega a defesa que a Teoria da Responsabilidade Civil exige que, além da existência de ato ilícito, a imposição de ressarcimento por dano causado ao erário seja quantificado com clareza e precisão. Não pode ser imputado por "achismos, sem prova nos autos. A defesa entende que o Ministério Público utilizou-se apenas de ilações e que o dano apontado foi meramente hipotético. Transcrevo pequeno trecho da peça acostada como síntese:

"...o pedido recursal deduzido pelo Ministério Público de Contas, procura impingir aos recorridos a devolução ao erário da quantia de R\$ 9.729.147,62, que sequer foram objeto do voto vencido proferido pela Eg.2ª Câmara. (...) NO caso dos autos que a recorrente procura impor, exigindo o ressarcimento pelos recorridos, não passa de um número construído ao seu bel prazer, sem qualquer correspondência na prova dos autos. O MPCO aponta, como valor do dano, uma importância sem parâmetros, correspondente ao valor do contrato firmado, como que se o produto não tivesse sido entregue em favor da administração pública."

Por fim, juntam-se aos argumentos diversas transcrições de jurisprudência do STJ a respeito do tema.

É o relatório

VOTOS

Da Admissibilidade

Quanto à admissibilidade, observa-se que ambos os Recursos foram apresentados dentro do prazo estabelecido no § 1º do art. 78, c/c §2º, do art. 81 e §5º do art. 77, da LOTCE, bem como foram constatadas a legitimidade das partes. Portanto, devem ser acolhidos.

Do Mérito

RECURSO TCE-PE Nº 1506521-2 - Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues

Uma vez já discorridas as razões recursais da interessada Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, adianto-me



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

para indicar minha total rejeição aos argumentos esposados no recurso examinado.

Em primeiro lugar, porque o seu argumento inicial de impossibilidade de responsabilização pelas razões aduzidas em sua petição não deve prosperar, sobretudo após os aclaratórios pronunciados nos autos do Processo TCE-PE N° 1504266-2, embargos esses movidos pela própria recorrente, em que o Exmo. Relator, Conselheiro Marcos Loreto, aponta exatamente quais os graves fatos imputados à ora recorrente, restando clara a relação causal entre eles e a sua participação na condição de ordenadora de despesas e titular do cargo máximo de Secretária de Educação, onde a totalidade dos apontamentos foram observados, estando todos eles hialinamente elencados no Acórdão T.C. n° 1281/15. Desse modo, não considero afrontados os elementos que modelam a responsabilidade subjetiva adotada em nosso ordenamento jurídico, tão pouco o princípio do contraditório e da ampla defesa, haja vista que pode ser observado, tanto em sua defesa prévia quanto nos argumentos presentes nos autos, o seu amplo domínio dos fatos.

Em segundo lugar, porque, ao cotejar os argumentos do recurso com aqueles defendidos nos autos do processo original, verifica-se que são idênticos, inclusive, em larga medida, com a mesma redação. Nada de novo, sejam documentos ou fatos que pudessem contradizer as razões do Acórdão atacado, às quais me filio, por entender que muito bem representam o entendimento majoritário desta Corte relativamente aos fatos examinados pela auditoria e julgados, por sua gravidade, suficientes para rejeitar as contas da recorrente. Esclareço que a irregularidade referente ao Item IX, na contratação da OSCIP Instituto Pro-Cidadania, não foi imputada à recorrente, mas à então Secretária Municipal de Desenvolvimento Humano e Assistência Social, Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo.

Por essa razão, reitero minha concordância com as razões de votar do Exmo. Conselheiro Marcos Loreto, em sede do Acórdão T.C. N° 0917/15, acrescidos dos aclaratórios pronunciados no Acórdão T.C. n° 1281/15, ressaltando as considerações que farei, em seguida, no voto alusivo ao processo TCE-PE n° 1507439-0, relativo ao Recurso movido pelo Ministério Público de Contas.

Recurso TCE-PE n° 1507439-0 - Ministério Público de Contas

Os requerimentos do MPCO, em síntese, foram os seguintes:



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

1. julgar **irregulares** as contas de gestão da Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo, Secretária de Promoção Humana e Assistência Social, alusivas ao exercício financeiro de 2010, pela contratação irregular, via dispensa de licitação da OSCIP Instituto Pro-Cidadania, com indícios de favorecimento;

2. julgar **irregulares** as contas de gestão do Sr. Elias Gomes da Silva, pertinentes ao exercício financeiro de 2010, imputando-lhe, em caráter solidário com as Sras. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, Ednalda Martins Cezar, Rita de Cássia de Moraes Monteiro e com o Sr. César Romero de Araújo Muniz, o **débito de R\$ 9.729.147,62**, em razão do caráter indevido dos pagamentos efetuados em favor da empresa Acolari.

2.1. Em caráter eventual e sucessivo, propugna, ainda, o órgão ministerial, que o débito seja imputado no montante de R\$ 8.424.019,44, por corresponder ao valor calculado pela área técnica como equivalente à diferença entre o *quantum* pago em favor da empresa contratada e aquele efetivamente entregue em favor da Prefeitura.

Em primeiro lugar, não assiste razão ao MPCO quando recorre do Acórdão T.C. n° 0917/15, para que sejam classificadas como irregulares as contas da Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo, face às falhas constatadas na contratação de OSCIP via dispensa de licitação. Isso porque tais falhas, compreendidas no contexto integral das contas, não carregam em si relevância suficiente para macular de todo as contas da servidora. A única falha em que é apontada a sua participação foi essa, o que indicaria uma desarrazoada desproporcionalidade caso se acatasse a proposição do *parquet*. Dessa forma, considero acertada a decisão pronunciada no Acórdão guerreado e descabida a revisão pretendida.

Quanto à responsabilização do Sr. Elias Gomes da Silva, mais uma vez, devo discordar do recurso ministerial. Todavia, é preciso esclarecer, que das três leis municipais citadas pela defesa nos autos originais - Lei n° 141/1995, Lei Complementar n° 08/2010 e Lei Complementar n° 10/2011 (corrijo aqui as anotações dos autos iniciais onde mencionam Lei Complementar n° "101/2011") - apenas a primeira se aplica à análise dos argumentos do interessado, dado que as duas últimas somente tiveram eficácia a partir do exercício de 2011. Observa-se que a referida Lei Ordinária n° 141, que instituiu o Código de Administração Financeira do Município, conferiu aos secretários municipais a competência para ordenar despesas, o que não pode ser entendido como um mero ato de delegação, mas sim de definição originária de competências. Por outro lado, manteve essa atribuição também para o Prefeito.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

A fim de iluminar a questão, vejamos alguns dispositivos da referida norma:

Lei nº 141/1995:

"Seção III

Dos Ordenadores da Despesa

Art. 57. Ordenadores de Despesa são as autoridades investidas de competência para autorizá-las.

Parágrafo Único Poderão autorizar despesas, quota financeira fixadas pela Programação Financeira, bem como nomear proposto para fazê-lo:

I - O Prefeito;

II - As autoridades do Poder Legislativo, indicados por Lei ou no Regulamento Interno da Câmara Municipal;

III - Secretários Municipais e Chefe do Gabinete;

IV - Os Titulares das Empresa da Administração Indireta.

Art. 58. Os ordenadores de despesa responderão administrativa, civil e criminalmente pelas autorizações em desacordo com as especificações orçamentárias."

Verifica-se que o Município de Jaboatão dos Guararapes, no exercício de sua autonomia constitucional de Ente Federado, decidiu instituir o seu próprio Código de Administração Financeira que, respeitando os princípios e normas gerais da Contabilidade Pública estatuídas na Lei nº 4.320/64, fixou a competência originária para ordenar despesas ao Prefeito, mas também aos seus secretários e dirigentes das empresas municipais. Como tal, qualquer agente público que se desvie da escorreita aplicação dos recursos públicos sob sua responsabilidade responderá nos termos do artigo 58 da retromencionada norma legal.

Por essa razão, tratando-se de atos de gestão no âmbito do Município de Jaboatão dos Guararapes, por eles responderá aquele que lhe tem direta responsabilidade, na condição de ordenador de despesas, conforme pretendido pelos termos da moldura legislativa consagrada pelo legislador municipal.

Entender diferentemente disso, penso, seria admitir, em sede de gestão administrativa da *res publica*, que alguém seja punido com base nos preceitos da responsabilidade objetiva.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Nessa seara, insiste o MPCO pela responsabilização do Prefeito, argumentando que "...sob os prismas da verdade material, da razoabilidade e do domínio dos fatos...", os atos materializados pelos Secretários ordenadores de despesas estariam relacionadas à opção político-administrativa municipal e, indubitavelmente, por força do art. 65, incisos X e XIII da Lei Orgânica do Município de Jaboatão, seriam da competência do Prefeito, afinal nenhum Secretário é pleno potenciário para fazer ou deixar de fazer um concurso público, para contratar profissionais via OSCIP para suprir a demanda de pessoal de duas pastas.

Percebe-se, mesmo que *en passant*, que o MPCO pretende a inclusão do Prefeito com base na, porque não dizê-lo, polêmica Teoria do Domínio do Fato.

A teoria do domínio do fato foi originalmente concebida por Hans Welzel em 1939 e sistematizada pelo jurista Claus Roxin, em sua obra *Taterschaft und Tatherrschaft* (1963). Em síntese, defende que uma pessoa que exerça autoridade direta e imediata sobre um agente ou grupo de agentes que pratique um ilícito, pode ser responsabilizada pela infração do mesmo modo que os autores imediatos, desde que tenha conhecimento ou necessariamente devesse tê-lo. Tal entendimento se choca com o princípio da presunção da inocência, que considera que todos são inocentes, até que se prove a sua culpa específica. Isto porque, segundo essa teoria, para que a autoria seja comprovada, é suficiente a dedução lógica e a responsabilização objetiva, supervalorizando-se os indícios probatórios.

A **teoria do domínio do fato** sustenta que autor é o sujeito que, mesmo não tendo praticado diretamente a infração, decidiu e ordenou sua prática a subordinado hierárquico seu, que a realiza por obediência. O mentor, pois, não é mero partícipe, pois seu ato não se restringe a induzir ou instigar o agente infrator, pois havia relação de hierarquia e subordinação entre ambos, não de mera influência resistível.

Da sistematização de Roxin, podemos destacar várias perspectivas do conceito de autoria, à luz da teoria do domínio do fato. Uma delas, que mais me parece aplicável à tese do recurso ministerial, a perspectiva do "domínio da organização". Vejamos que diz Larissa Gomes Uchoa³,

³ O Supremo Tribunal Federal e a teoria do domínio do fato: retomada técnica da Ação Penal n. 470. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17379&revista_caderno=22. Em, 21/12/2016.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

“Existem hipóteses em que o autor não é aquele que realiza a ação executiva, verificando-se o domínio do fato pelo sujeito de trás sobre a vontade regente do executor direto. Tais situações podem ocorrer de inúmeras formas, apontando Roxin (2000) a utilização dolosa de um agente sem liberdade, de um agente em erro, de um agente inferior não só intelectualmente, mas também psiquicamente, como menores e enfermos mentais, bem como de um agente subordinado mediante um aparato organizado de poder. Assim, analisa-se a autoria mediata em três vieses: da coação, do erro e do domínio da organização.

[...]

2.2.3 O domínio da organização

O domínio da vontade, além dos formatos da coação e do erro, é percebido nas ordens proferidas na engrenagem de uma estrutura de poder organizada e dissociada do Direito “[...] que garanta a execução do comando, mesmo sem coação ou engano, uma vez que o aparato enquanto tal assegura a execução do fato.” (ROXIN, 2008, p. 323).

A autoria mediata se reveste, aqui, do poder que detém o sujeito de trás, independentemente do grau que ocupe hierarquicamente, para comandar a execução criminosa por sujeitos (absolutamente responsáveis) inespecíficos e, portanto, passíveis de fungibilidade. Dessa maneira, esse domínio se vale não da exata pessoa que executa, mas do sistema que a cerca.

Conhecidos exemplos de tal forma de autoria são as atroz manifestações do nacional-socialismo, bem como as organizações terroristas e as máfias, as quais, como notoriamente sabido, seguem caminho não percorrido pelo Direito. Suas estruturas de poder se valem da fácil substituição de um executor por outro para a garantia do resultado criminoso, de modo que se tem a total segurança de que a ordem será prontamente cumprida.

Desse modo, observa-se que a escolha de um sujeito determinado, cuja qualidade específica é imprescindível à execução, não configura a autoria mediata de quem o ordena.

[...]

Por fim, cumpre observar a crítica de Roxin (2008) no que tange à aplicação da teoria da autoria mediata pelo domínio da organização nos casos de empresas ou demais aparatos regidos pelo Direito. Nessas circunstâncias, não há espaço para se discutir a correção do cumprimento de ordens ilícitas, uma vez que, além de ser inescusável o desconhecimento da lei (art. 21, *caput*, CP), há leis orgânicas que expressamente vedam tal conduta, a exemplo do estatuto dos servidores públicos civis da União, que, em seu art. 116, IV, impõe como dever do servidor “[...] cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais.”



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

O entendimento de Roxin, sintetizado pela autora acima citada, coincide, em seu trecho final, com a opinião do Ministro Ricardo Lewandowski sobre a aplicação da teoria do domínio do fato: "*A teoria só pode ser utilizada em momento de exceção ou para organizações criminosas que atuem à margem da ordem jurídica, não basta supor que alguém tinha ciência do delito cometido*".⁴

Isso posto, não consta dos autos elementos que possam indicar que a gestão municipal tenha sido transformada em organização criminosa, cujos componentes agissem de forma ordenada à margem da ordem jurídica, sob o comando de uma liderança evidente. Para além da simples evocação do Prefeito como responsável, ou co-responsável, não há indícios probatórios que o relacionem faticamente com as irregularidades cometidas pelos agentes responsabilizados.

Além disso, constata-se, mais uma vez dos autos, que os atos impugnados são tipicamente de gestão, não havendo correlação com aqueles outros considerados de governo, objeto de análise em contas específicas, procedimento esse já pacificado nesta Corte, como bem observou a Conselheira Teresa Duere em seu voto. Peço-lhe vênias para transcrever um breve excerto:

"As contas de governo se referem especificamente (...) à questão das políticas, à questão dos limites constitucionais e da política da gestão municipal. Essa é a responsabilidade intransferível do Prefeito (...). No caso de Jaboatão (...) me parece que a área em que se apontam irregularidades são áreas muito mais da execução administrativa (...). Assim sendo, como vejo que as irregularidades não atingiram as questões básicas da política do município, da gestão política do município de Jaboatão, me inclino a votar com o Conselheiro Marcos Loreto..."

O Código de Administração Financeira do Município atribuiu a função de ordenador de despesas aos secretários municipais.

A esse respeito, trago ainda alguns excertos do pronunciamento do MPCO, da lavra do ilustre Procurador Dr. Gilmar Severino de Lima, proferido na sessão que culminou no *decisum* ora atacado, posto que entendo perfeitamente aplicável ao caso concreto:

⁴ <http://www.conjur.com.br/2014-set-01/clus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>, em 21/12/2016.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

"Efetivamente, como o causídico apresentou, existem alguns precedentes em que a questão do gestor, do prefeito que não é por lei ordenador de despesas, a sua responsabilidade é afastada.

Eu me recordo com relação, por exemplo, à gestão em (...) Gravatá (...), em São Lourenço (...) em que é adotada a linha do Relatório de Auditoria, no sentido de que, apesar de não ser ordenador formalmente, mas o prefeito, na medida em que nomeia os secretários, teria o dever da fiscalização. E se nela foi negligente seria, também, corresponsável.

No entanto (...) esse entendimento da auditoria tem de ser visto cum grano salis (...) Porque uma coisa é um prefeito no pequeno município, onde está próximo a comunidade, onde conhece as pessoas pelo nome, onde conhece as obras (...) que por dificuldades financeiras são poucas (...) aí sim, ele poderia até ser responsabilizado (...) por falta de fiscalização.

Outra coisa é numa estrutura muito maior, como a capital, Recife, como Jaboatão (...) em que é impossível o prefeito está fiscalizando (sic) contrato a contrato, licitação a licitação.

(...) Não é por outro motivo que o Governador, por exemplo, se ocorre um problema de uma secretaria, ele não vai ser corresponsabilizado. Porque se a tese fosse completa, ou seja, geral, o que serviria para um prefeito de pequeno município serviria também para governador do Estado. E não é o caso...

(...) Razão pela qual, tendo em vista o porte do município, tendo em vista as circunstâncias e os precedentes em sua maioria ser no sentido de afastar a responsabilidade do prefeito quando ele não é ordenador de despesas, o opinativo seria no sentido do acolhimento da preliminar".

Em outras palavras, o que intento trazer à lume é que a regra geral sustentada nesta Casa, de que a responsabilidade pelos atos de gestão cabe ao ordenador de despesas, decorre do clássico princípio da segregação de funções, onde prevalecem os subciclos de responsabilidades estanques, fixados nas leis específicas de organização administrativa dos entes. Isso significa dizer, a guisa de exemplificação meramente didática, que a responsabilidade pela medição de uma obra cabe ao engenheiro que a procedeu, não cabe ao prefeito, que não tem a ART nem exerce a função específica de engenheiro (mesmo que tenha, eventualmente, essa formação), cabendo-lhe, se for caso, apenas a responsabilidade pela modelagem da avença, mas não pela sua fiscalização. Isso é muito claro.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Por outro lado, quando o Prefeito, na condição de gestor máximo da municipalidade, extrapola os subciclos de responsabilidades e exerce uma ação de prevalência executiva sobre determinado ato de gestão, mesmo sendo esse de alçada de agentes outros, resta configurado um conflito a ser dirimido pela ponderação de interesses entre a teoria da segregação de funções e a teoria do domínio dos fatos, devendo, aí sim, prevalecer a segunda em detrimento da primeira.

No caso concreto, contudo, revela-se que as responsabilidades pelos atos impugnados pela auditoria estão hialinamente definidos na cadeia de subciclos estanques. Sobre eles, não se enxerga, nos autos, a ação mandatária do Prefeito. Dessa forma, entendo que se mantiveram hígidas as subesferas de responsabilidades estanques, de modo que deve preponderar, no caso, o princípio da segregação de funções, afastando-se a responsabilidade do então Prefeito.

Por essa razão, entendo que o teor do Acórdão T.C. n° 0917/15, nesse mister, não deve sofrer alterações, posto que em sintonia com a nossa predominante jurisprudência, assentada no *decisum* da Egrégia 2ª Câmara, apesar de vislumbrar que esse tipo de desconcentração administrativa, que visa retirar do Prefeito a responsabilidade integral pelos atos de gestão, merece sempre a análise do caso concreto e pode ser interpretada de maneira diferente da jurisprudência que vem se consolidando no âmbito desta Corte.

Por fim, no que se refere ao ressarcimento proposto pela auditoria, seja por suposto superfaturamento seja pela distribuição irregular dos kits de fardamento, penso que não assiste razão ao recurso ministerial.

À guisa de melhores esclarecimentos, trarei excertos do relatório do Conselheiro Substituto Ricardo Rios, Relator do processo original de prestação de contas, que sintetizou os apontamentos da auditoria nesse quesito em dois tópicos.

Pagamento com preços superfaturados

Neste tópico, a auditoria apontou diversas ilegalidades no certame e na execução do contrato, tais como a) ausência de pesquisa de mercado adequada; b) cláusulas do edital que comprometeram a competitividade; c) pregoeiro envolvido politicamente com a administração; d) descumprimento de cláusulas editalícias; e) não formalização contratual; f) falta de controle de entrada e saída de materiais; g) pagamentos sem a regular liquidação; h) subcontratação de serviços gerando preços maiores; i) pagamentos antecipados; j) indícios de envolvimento da empresa Acolari com a máfia da merenda escolar.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Diante dos fatos apontados, a auditoria assim concluiu seu relatório:

"Na impossibilidade do cálculo exato do montante desviado; pelo tamanho do prejuízo ao Erário e lembrando que o art. 59 da Lei Federal n.º 8.666/1993 dispõe que a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Entende-se pela devolução total do valor despendido pela Prefeitura Municipal de Jaboatão dos Guararapes."

Considerando que a defesa não logrou desconstituir os apontamentos da auditoria, o Relator, Conselheiro Substituto Ricardo Rios, acatou os argumentos da auditoria e entendeu presentes os indícios de superfaturamento. Todavia, e a meu ver corretamente, não determinou o ressarcimento do valor sugerido pela equipe técnica, no montante total contratado. Isso porque, à luz da Teoria da Responsabilidade Civil, necessário se faz o cumprimento de algumas condicionalidades.

Destaco, por oportuno, algumas considerações por mim proferidas quando relator do processo TCE-PE N° 1405301-9 Auditoria Especial FUNDARPE):

"Considerando que o tema ora abordado diz respeito ao gênero constitucional "indenização" (art.5º, incisos V e X da CR/88), cujas espécies são o ressarcimento (dano material) e a reparação (dano moral), quadra-lhe uma análise sob o prisma da Teoria da Responsabilidade Civil, conforme positivado em nosso ordenamento jurídico. De conseguinte, segundo as normas civis de regência, a obrigação de ressarcir um dano é suscitada quando presentes as seguintes elementares:

I - Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa (dano que pressupõe lesado);

II - Efetividade ou certeza do dano;

III - Nexo de causalidade (relação entre a falta e o prejuízo causado, podendo ainda ser direto ou indireto (dommage par ricochet);

IV - Subsistência do dano no momento da reclamação do lesado;

V - Legitimidade do titular do direito atingido; e

VI- Ausência de causas excludentes de responsabilidade.

Entremostra-se-me, no vertente caso, a não-configuração (de forma inequívoca e patente) do dano concreto, sendo certo que a existência do mesmo impescinde da prova real e concreta da lesão. O ressarcimento é fundado nos efeitos da lesão jurídica, ou



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

seja, é absolutamente condicionado à diminuição do patrimônio do sujeito lesado, portanto desempenha, no dizer dos mais prestigiosos doutrinadores da matéria, uma função de equivalência (dano material), função que se revela a partir da relação objetiva entre as situações patrimoniais antecedente e conseqüente da vítima, sendo completamente estranho à índole dos DIRETOS SUBJETIVOS AFETADOS (por mais relevantes e fundamentais que sejam, e no presente caso o são!). O texto do art. 186 do Código Civil Pátrio é lapidar, exige, para a caracterização da responsabilidade civil, a concreta ocorrência do dano.

De antemão, verifico que a metodologia adotada por nosso atilado corpo técnico, permissa vênia, não nos permite bispar a concreção do dano em qualquer dos contratos inquinados. Noutro giro argumentativo, impede ressaltar que estamos diante de um caso encartável na seara da Responsabilidade Civil Aquiliana ou extracontratual, portanto peremptoriamente incompatível com o chamado dano presumido, este último caracterizado pela exoneração do ônus de provar a sua efetiva ocorrência e que é lugar-comum nos casos de responsabilidade civil contratual (ex: juros moratórios, C.C. arts. 404 e 407).

Quando trilhamos as sendas da responsabilidade civil aquiliana, a regra de ouro é a constatação da elementar objetiva de concreção do dano, conforme pontifica Agostinho Alvim: "Como regra geral, devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto. Ainda, mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez não se tenha verificado prejuízo." (Alvim Agostinho. "IN" Da Inexecução das obrigações e suas conseqüências. 3. ed. Rd. Jurídica e Universitária, fl. 180)."

No presente caso concreto, a própria equipe técnica reconheceu a "impossibilidade do cálculo exato do montante desviado". Acrescento que nem mesmo logrou comprovar se houve desvio, posto que baseou sua conclusão a partir da técnica da inferência, inapropriada, demonstramos, para o ressarcimento pretendido. Por fim, caso se determinasse o ressarcimento pelas ilegalidades apontadas pela auditoria, a Corte de Contas contribuiria para o enriquecimento sem causa da Administração Municipal, uma vez que, neste tópico, não se faz menção a eventual descumprimento de obrigação contratual em desfavor do erário.

Assim sendo, após a análise dos argumentos do presente recurso e da defesa apresentada, bem como dos apontamentos do RA e da NTE, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se pode afirmar que tenha havido superfaturamento no contrato firmado com a



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

empresa Acolari Indústria e Comércio de Vestuário Ltda. Considero, pois, improcedente as razões do recurso ministerial.

Da falta de controle de estoque e de planejamento

Ao contrário do item anterior, neste tópico evidencia-se potencial prejuízo causado ao erário, uma vez demonstrado descontrole dos estoques dos materiais recebidos pela Administração e distribuídos aos seus destinatários. Vejamos o que disse o Relator das contas, Conselheiro Substituto Ricardo Rios:

- "Na distribuição do material, muitos alunos das escolas contempladas com os uniformes não receberam ou deixaram de receber parte dos itens que deveriam compor os kits escolares e muitas escolas não distribuíram os uniformes a seus alunos por simplesmente não terem recebido o material, conforme dados do relatório de entrega dos itens;

- O descontrole do estoque provocado pela Administração causou um prejuízo de aproximadamente R\$ 8.424.019,44 (oito milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil e dezenove reais) contrariando o que determina o art. 74, inciso IV e §1º da Constituição Federal, os arts. 75, incisos I e II, 76 e 77 da Lei Federal nº 4.320/1964.

Analisando o Memorial de Defesa, assim entendeu a Auditoria, em sede de Nota Técnica:

A defesa citou apenas o documento 24 (fls. 8.989 a 9.042), para mostrar que a Administração contratou a empresa TCI Business Process Outsourcing para a guarda e distribuição dos seus bens.

Analisando o documento 24 nota-se que é cópia da Resolução CD/FNDE Nº 38 (...) sem relação com a irregularidade aqui tratada.

O documento 23 (fls. 8.825 a 9.041) (...) ainda que comprove que a Prefeitura firmou contrato com a empresa TCI Business Process Outsourcing para gerenciamento do seu almoxarifado, não elide a irregularidade, posto que as falhas apontadas pela auditoria não foram quanto ao controle de estoques, mas dos materiais nas próprias unidades escolares.

A falha de planejamento levou à compra de fardamento acima do necessário, houve falhas na distribuição, quando apenas 13,4% dos itens adquiridos foram entregues nas escolas, houve falhas no recebimento dos materiais nas escolas, como demonstrado pela auditoria.

Cabe razão à Auditoria. A defesa não foi suficiente para elidir a irregularidade. Acrescento ainda, que mesmo tendo sido contratada empresa para gerenciar a guarda e distribuição dos fardamentos, caberia à Administração a



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

fiscalização da execução do contrato. Mantida a irregularidade.”

Ocorre que, como bem observado pelo MPCO, sem que tenha motivado a sua decisão e apesar de concordar na íntegra com os apontamentos da auditoria o Exmo. Relator não determinou, em seu voto, o devido ressarcimento, tendo sido seguido pelos Exmos. Membros da 2ª Câmara.

Compulsei detidamente os documentos anexados pela Auditoria, às fls. 7663 a 7753 do processo original de Prestação de Contas, utilizados pela equipe técnica para elaborar a tabela de fl. 8189, que aponta para o total de distribuição de apenas 13,41% dos itens de material adquiridos. Note-se que a auditoria fez a sua análise baseada nos itens, posto que, apesar de a contratação ter sido por kits, a distribuição não respeitou essa exigência editalícia.

Igualmente, debrucei-me nos documentos acostados pela defesa prévia, às fls. 8825 a 9041 dos autos originais, os quais subsidiaram a defesa na elaboração da tabela acostada às fls. 8371-72, que, por seu turno, demonstra que a Prefeitura teria distribuído 90,88% dos kits adquiridos.

Isso posto, verifiquei que o apontamento da auditoria refere-se à não distribuição integral do material adquirido à totalidade dos alunos das várias escolas do município, desvirtuando, sem dúvida, a finalidade pública da despesa contratada. Ademais, a evidente precariedade do gerenciamento do contrato salta-nos aos olhos. Não se pode duvidar de que esse descontrole deixou o erário suscetível a enormes prejuízos.

Todavia, reitero as observações já esposadas no item anterior, onde avoquei as condicionalidades da Teoria da Responsabilidade Civil para fins de ressarcimentos pecuniários.

Consentâneo com tais condicionalidades e para que não se incorra no risco de enriquecimento ilícito da Administração, faz-se necessário demonstrar-se, à exaustão, que o material que deixou de ser distribuído às escolas não tenha sido efetivamente recebido pela Administração Municipal. A despeito do laborioso trabalho da equipe de auditoria, tal fato não restou satisfatoriamente comprovado pela metodologia aplicada, o que levou a Egrégia 2ª Câmara a julgar irregulares as contas da gestora responsável, Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, face à gravidade das ilegalidades observadas, mas deixando de imputar-lhe o débito sugerido no Relatório de Auditoria.

Assim sendo, entendo que o recurso ministerial não deve ser provido, nesse aspecto.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

Por outro lado, entendo que a participação dos demais citados no conjunto de irregularidades que ensejou a rejeição das contas da então Secretária Municipal, Sra. Mirtes Cordeiro - deliberada face ao "conjunto da obra", mas cujas irregularidades mais graves decorreram da condução do Pregão nº 12/2009 -, revelou-se crucial para as falhas ocorridas, não sendo razoável, portanto, a conclusão pela regularidade com ressalvas das respectivas contas. Portanto, acolho o recurso quanto a este aspecto do recurso ministerial, devendo ser alterado o Acórdão T.C. nº 0917/15, para julgar IRREGULARES as contas das Sras. Ednalda Martins Cezar, Rita de Cássia de Moraes Monteiro e do Sr. César Romero de Araújo Muniz.

Por fim, entendo que devem ser mantidas, *in totum*, as determinações proferidas no Acórdão T.C. nº 0917/15, dentre as quais, à guisa de reiteração, o encaminhamento ao Ministério Público de Contas para as providências cabíveis quanto aos indícios de participação de empresas na "máfia da merenda escolar", como também em decorrência das graves irregularidades constatadas nos procedimentos referentes à aquisição de fardamento escolar.

Isso posto,

CONSIDERANDO a legitimidade da parte e a tempestividade de oposição do presente Recurso Ordinário;

CONSIDERANDO que Lei Complementar específica instituiu a desconcentração administrativa no Município do Jaboatão dos Guararapes e que as irregularidades apontadas pelo recorrente ao recorrido, Sr. Elias Gomes da Silva, Prefeito, não podem prosperar posto que o mesmo não detinha atribuições de ordenador de despesas;

CONSIDERANDO que não há nos autos a comprovação de que o então Prefeito, Sr. Elias Gomes da Silva, tenha tido governança sobre a execução das avenças, restando preservadas as subesferas de responsabilidades estanques, de modo que não se pode aplicar, ao caso concreto, a teoria do domínio do fato invocada pelo *parquet*;

CONSIDERANDO que a gravidade da falha de responsabilidade da Sra. Maria do Socorro Santos de Araújo não tem o condão de macular como irregular as suas contas enquanto Secretária Municipal;

CONSIDERANDO que os supostos danos suportados pelo erário municipal, em razão da ausência de entrega de parte dos kits de uniformes escolares contratados e superfaturamento de preços, não foram devidamente quantificados pela auditoria, em



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS

desconformidade com as condicionalidades da Teoria da Responsabilidade Civil;

CONSIDERANDO que a participação dos demais citados no conjunto de irregularidades que ensejou a rejeição das contas da então Secretária Municipal, Sra. Maria Mirtes Cordeiro Rodrigues, foi crucial para a ocorrência observada, não sendo proporcional, portanto o entendimento pela regularidade, com ressalvas, esposado no Acórdão guerreado;

CONHEÇO do presente Recurso, por preencher os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, dou-lhe **PROVIMENTO PARCIAL** para julgar irregulares as contas das Sras. Ednalda Martins Cezar, Rita de Cássia de Moraes Monteiro e do Sr. César Romero de Araújo Muniz.

CONSELHEIRO CARLOS PORTO - PRESIDENTE:

Submeto à votação, aprovado o voto de V.Exa.

OS CONSELHEIROS TERESA DUERE, JOÃO CARNEIRO CAMPOS, RANILSON RAMOS E RICARDO RIOS ACOMPANHARAM O VOTO DO RELATOR. PRESENTE O PROCURADOR-GERAL, DR. CRISTIANO PIMENTEL.

ASF/MV/RB/FT