II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-358/2024

Processo	-	TC/001247/2008
Recorrente	-	Procuradoria da Fazenda Municipal
Objeto	-	Recurso interposto em face do Acórdão 28/8/2019 – Secretaria Municipal de Gestão/Secretaria Municipal de Educação e SP Alimentação e Serviços Ltda. – Acompanhamento da execução do Contrato 119/2007-SMG/DME (TAs 001/2007 e 002/2007) – Verificar se o contrato, cujo objeto é a prestação de serviço de nutrição e alimentação escolar, visando o preparo e à distribuição de alimentação balanceada e em condições higiênico sanitárias adequadas que atendam os padrões e dispositivos legais vigentes, aos alunos regularmente matriculados em unidades educacionais da rede municipal de ensino, mediante o fornecimento de todos os gêneros alimentícios e demais insumos, distribuição nos locais de consumo, logística, supervisão e mão de obra, prestação de serviços de manutenção corretiva e preventiva dos equipamentos utilizados – Lote 1, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste

3.314ª Sessão Ordinária

RECURSO. PFM. SMG. SME. Serviço de nutrição e alimentação escolar. Decisão que julgou irregular a execução do contrato por falhas de controle e atendimento de unidades não previstas. 1. Resta preservada a função declaratória do provimento de mérito visto que não houve apenação, sob os vieses punitivo e ressarcitório. CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso ordinário apresentado pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, eis que preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito, uma vez que não houve apenação, sob os vieses punitivo e ressarcitório, restando preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas e considerando que não há qualquer razão para reforma do Acórdão recorrido, em negar provimento ao recurso interposto.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão e do voto ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para conhecimento.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, JOÃO ANTONIO e o Conselheiro substituto RUBENS CHAMMAS.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de abril de 2024.

EDUARDO TUMA – Presidente
ROBERTO BRAGUIM – Relator

/mfl

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM – RELATOR

Processo:	**TC/001247/2008**
Interessados:	Secretaria Municipal de Educação, Secretaria do Governo Municipal, SPBrasil Alimentação e Serviços Ltda., Rodrigo Mauro Ruiz de Matos, Ministério Público do Estado de São Paulo, Procuradoria da Fazenda Municipal, Secretaria Municipal de Modernização, Gestão e Desburocratização, Monica Krauter Andrade.
Objeto:	**Recurso Ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal. Acórdão.** Acompanhamento de Execução do Contrato nº. 119/2007-SMG/DME visando à prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar.
Relator:	**Conselheiro ROBERTO BRAGUIM**

RELATÓRIO

Em julgamento Recurso Ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, em sede de Inspeção, contra o V. Acórdão, prolatado na 3.055ª Sessão Ordinária, que, por unanimidade, julgou irregular a Execução do Contrato nº 119/2007-SMG/DME, ajustado para a prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar em unidades educacionais relativas ao Lote 01, no valor de R$ 57.003.527,64 (cinquenta e sete milhões, três mil, quinhentos e vinte e sete reais e sessenta e quatro centavos), firmado pela Secretaria Municipal de Gestão e SP Alimentação e Serviços Ltda. Referida Decisão, também, não acolheu os efeitos financeiros, tendo deixado de responsabilizar os agentes públicos, determinar o ressarcimento ao erário, ou outras medidas, em razão de haver: a) processo administrativo 2009-0.226.635-3, já finalizado com imposição, pela Administração, de sanções administrativas disciplinares aos servidores envolvidos; b) ação de improbidade administrativa 0006393-93.2011.8.26.0053, que tramita perante a 7ª. Vara da Fazenda Pública da Capital; c) ação criminal 0095123-31.2007.8.26.0050, que tramita perante a 10ª. Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda; d)

processo administrativo 08012.010022/2008-16, que tramita perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

O V. Acórdão recorrido, peça 10, concluiu pela irregularidade nos termos das análises das áreas técnicas que constataram falhas de controle e atendimento de unidades não previstas e falta de critério de medição.

As partes foram intimadas para tomarem conhecimento do V. Acórdão e, caso desejassem, apresentarem o competente Recurso, tendo apenas a Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM apresentado Apelo, transcorrendo in albis o prazo concedido aos demais.

A Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou Recurso Ordinário, peça 1, sustentando a boa-fé e a segurança jurídica e colacionando precedentes do Tribunal de Contas que aceitam esses princípios para julgamento. Asseverou que diante do tempo decorrido desde a execução contratual em questão (mais de uma década), deve-se considerar a estabilidade das relações jurídicas e evitar prejuízos desnecessários. Destacou que nem todo vício acarreta a nulidade do contrato e que, em alguns casos, é mais benéfico para o interesse público manter a relação jurídica estabelecida, mesmo que irregular. Argumentou a ausência de prejuízos ao erário e a impossibilidade de desfazer os efeitos já produzidos, para pugnar a reforma do acórdão proferido e o provimento do Recurso, visando ao reconhecimento integral ou parcial dos efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais decorrentes dos atos praticados.

Submetidos os autos à Assessoria Jurídica, peças 52 e 53, opinou ela pelo conhecimento do Recurso Ordinário e, no mérito, pelo seu desprovimento, diante da ausência de argumentos de ordem fática ou jurídica aptos a alterar o V. Acórdão recorrido.

Em seguida, a Subsecretaria de Controle Externo – SCE, peça 56, concluiu que não há elementos novos que justifiquem alterar as conclusões anteriores da

Auditoria. Apontou, ainda, que o Recurso não questiona especificamente os apontamentos feitos, portanto, recomenda-se a deliberação sobre o assunto.

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, peça 65, requereu o conhecimento e pugnou pelo provimento do Recurso.

A Secretaria-Geral – SG, peças 67 e 68, por sua vez, opinou pelo conhecimento do Apelo na medida que atende aos requisitos estabelecidos no Regimento Interno e na Lei Orgânica do Tribunal. Quanto à prescrição, sustentou que a decisão recorrível não contempla comandos ressarcitórios ou punitivos, o que exclui sua aplicação conforme regulamentada. Quando ao mérito propriamente dito, sustentou que não foram apresentados elementos novos que justifiquem a modificação da decisão anterior.

É o relatório.

VOTO

Conheço do Recurso Ordinário apresentado pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, eis que preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade.

No tocante ao mérito, no entanto, entendo que as razões recursais não enfrentaram as irregularidades apontadas no V. Acórdão e os demais argumentos não são aptos a modificar as conclusões nele deliberadas.

As irregularidades que ensejaram o referido julgamento estão relacionadas ao fato de: a) derivar do Pregão 73/2006, analisado no TC/001587/2007, no qual foram constatadas irregularidades e referir-se ao Contrato nº 119/2007 e Termos de Aditamento n.º 001/2007 e 002/2007, examinados no TC/003448/2007, no bojo do qual também foram apontadas infringências; b) não aceitação de parte do cardápio do dia, desperdício de alimentos, consumo apenas da sobremesa; c) as quantidades medidas de lanches e merenda especial ultrapassaram as previstas no contrato, nas EMEFs e EMEIs; d) as medições do mês de março de 2008, em sua quase totalidade, apresentaram ocorrências que ensejaram retenção parcial do pagamento no valor de R$ 37.871,96; e) os apontamentos de ocorrências não vem sendo

registrados pelos diretores das Unidades Escolares no formulário de "Medição Quinzenal"; f) os apontamentos de ocorrência nos Termos de Auditagem, realizados pelas nutricionistas da Secretaria Municipal de Educação, devem ser mais detalhados, a fim de que sejam mais claros; g) as quantidades de unidades a ser atendidas pelo contrato divergem do número de unidades efetivamente atendidas nas Diretorias Regionais do Campo Limpo e do Butantã; h) os métodos empregados para contagem dos lanches (número de canecas ou de alunos) podem causar divergências e não há previsão contratual sobre qual será o método de contagem da merenda distribuída; i) o inventário inicial de utensílios e equipamentos foi realizado em apenas quatro das unidades escolares abrangidas pelo contrato; j) o pagamento dos serviços prestados na primeira quinzena de março de 2008 foram efetuados com 9 dias de atraso; k) a realização do controle diário das medições era efetuada, em cinco unidades visitadas, por funcionárias da própria contratada; l) os parâmetros definidos pela Secretaria Municipal de Gestão para quantidade mínima de unidades inspecionadas e para quantidade mínima fixada para rejeição do lote não são observados pela própria Pasta; m) não há previsão contratual para o fornecimento do lanche adicional servido aos alunos das EMEIs que permanecem no período integral nos CEUs; n) o fornecimento de lanches aos alunos que permanecem no período integral das EMEIs dos CEUs e da EMEI Profa. Zilda de Franceschi não possui o respectivo lastro contratual.

Foram, ainda, objeto de processos administrativos constatações que se referem a falhas graves, como a falta de controle adequado e o atendimento de unidades não previstas no contrato, que comprometeram a equação econômico-financeira do contrato. As demais irregularidades indicam pagamento por serviços não realizados ou executados de forma inadequada, devido à falta de um método claro de contagem da merenda distribuída. Apesar de medidas corretivas terem sido implementadas posteriormente, as falhas persistiram durante a execução do contrato, resultando em pagamentos indevidos que causaram ações judiciais relacionadas ao caso, ainda em andamento.

Tais circunstâncias, por si só, já indicavam a impossibilidade de reforma da referida Decisão.

Ademais, como apontado no relatório, existem diversas medidas que decorreram das referidas irregularidades nos âmbitos administrativo e judicial, tais como, a) processo administrativo 2009-0.226.635-3, já finalizado com imposição, pela Administração, de

sanções administrativas disciplinares aos servidores envolvidos; b) ação de improbidade administrativa 0006393-93.2011.8.26.0053, que tramita perante a 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital; c) ação criminal 0095123-31.2007.8.26.0050, em curso perante a 10ª Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda e d) processo administrativo 08012.010022/2008-16, que se desenvolve perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Assim, pelas mesmas razões não é possível se dar guarida ao requerimento subsidiário de reconhecimento dos efeitos decorrentes dos atos praticados.

Quanto ao tormentoso tema da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas, ressalto que o meu entendimento sobre o assunto foi externado e amplamente detalhado no julgamento do TC/002759/2006 (50ª SONP – dezembro de 2023), ao qual me reporto nesta oportunidade.

Conforme fora apontado pelos Órgãos Técnicos, com base em recentes estudos sobre o tema, houve evolução interpretativa oferecida, notadamente, pela jurisprudência do STF e então disciplinada no âmbito deste Tribunal pelo advento da Resolução 10/2023, no sentido da possibilidade de se reconhecer a prescrição da atividade de controle externo, contudo, limitada aos seus vieses punitivo e ressarcitório, sem alcançar o âmbito declaratório.

De fato, os Tribunais de Contas têm a missão constitucional de auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo, não podendo dela se afastar. As Cortes de Contas integram a estrutura do Estado Democrático de Direito cabendo-lhes, pois, exercer, independentemente do tempo, a sua função. Além disso, a decisão a ser proferida pelo Tribunal de Contas é múltipla, vale dizer, acolhe Edital; declara a regularidade/irregularidade de Licitação, Contrato, Execução; examina a probidade da atuação do Chefe do Executivo elaborando parecer prévio das contas; aplica multa (sanção) a ordenador de despesa; determina a restituição de valores ao erário (ressarcitória); determina a instauração de processo administrativo (determinação); faz recomendações de aprimoramento à Administração

(recomendação), dentre tantas outras possibilidades, de modo que parte delas pode subsistir, ainda que outra não sobreviva depois de certo tempo.

Nesse cenário e sob essas balizas, considerando que não houve apenação, sob os vieses punitivo e ressarcitório, restando preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, considero que não há qualquer razão para reforma do V. Acórdão, pelo que nego provimento ao Recurso interposto.

Encaminhe-se cópia do V. Acórdão e Voto para conhecimento do Ministério Público do Estado de São Paulo.

É como oriento meu voto.

Após as cautelas regimentais, arquivem-se os autos.

TCM, 03 de abril de 2024.

ROBERTO BRAGUIM

Conselheiro Vice-Presidente

GNB/RB

Processo - TC/001247/2008
(Tramita em conjunto com os TC/003448/2007, TC/003449/2007, TC/003450/2007, TC/003451/2007, TC/003452/2007 e TC/003453/2007)
Contratantes - Secretaria Municipal de Gestão/Secretaria Municipal de Educação
Contratada - SP Alimentação e Serviços Ltda.
Acompanhamento da execução do Contrato 119/2007-SMG/DME (TAs 001/2007 e 002/2007)
Objeto - Verificar se o contrato, cujo objeto é a prestação de serviço de nutrição e alimentação escolar, visando o preparo e à distribuição de alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas que atendam os padrões e dispositivos legais vigentes, aos alunos regularmente matriculados em unidades educacionais da rede municipal de ensino, mediante o fornecimento de todos os gêneros alimentícios e demais insumos, distribuição nos locais de consumo, logística, supervisão e mão de obra, prestação de serviços de manutenção corretiva e preventiva dos equipamentos utilizados – Lote 1, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste

3.055ª Sessão Ordinária

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SMG. SME. Serviço de nutrição e alimentação escolar. 1. Falhas de controle e atendimento de unidades não previstas. 2. Falta de critério de medição. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Processo julgado em bloco, nos termos da Resolução 6/2017 desta Corte, do qual é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular a execução do Contrato 119/2007-SMG/DME, firmado entre a Secretaria Municipal de Gestão e a empresa SP Alimentação e Serviços Ltda.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em não acolher os efeitos financeiros produzidos pela avença.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em deixar de determinar a responsabilização individualizada dos agentes públicos, a valoração de ressarcimento ao erário, ou outras medidas, em razão de haver:

a) processo administrativo 2009-0.226.635-3, já finalizado com imposição, pela Administração, de sanções administrativas disciplinares aos servidores envolvidos;
b) ação de improbidade administrativa 0006393-93.2011.8.26.0053, que tramita perante a 7ª. Vara da Fazenda Pública da Capital;
c) ação criminal 0095123-31.2007.8.26.0050, que tramita perante a 10ª. Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda;
d) processo administrativo 08012.010022/2008-16, que tramita perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício endereçado ao Ministério Público do Estado de São Paulo, com cópia do relatório e voto do relator e deste Acórdão.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício à Contratante, à Contratada e aos Responsáveis que participaram da instrução do feito, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 28 de agosto de 2019.

JOÃO ANTONIO – Presidente
MAURÍCIO FARIA – Relator

/affo

Assinado digitalmente por MAURICIO FARIA PINTO
Data: 15/10/2019 14:42:28 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 16/10/2019 14:31:54 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Processo: TC n.º 72.001.247/08-00
Origem: Secretaria Municipal de Gestão – SMG
Interessado: SP Alimentação e Serviços Ltda.
Objeto: Acompanhamento de Execução. Contrato n.º 119/2007 e Termos de Aditamento n.º 001/2007 e 002/2007 cujo objeto é a prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar visando ao preparo e distribuição de alimentos em unidades educacionais da Rede Municipal de Ensino – Lote 1.

EXECUÇÃO CONTRATUAL. Falhas no controle e no método de medição. Prestação de serviços sem previsão contratual, com pagamento efetivado pela Origem. **IRREGULAR. NÃO ACOLHIMENTO DOS EFEITOS FINANCEIROS.**

Egrégio Plenário,

Trago a julgamento o processo TC n.º 72.001.247/08-00, no qual foi realizado o acompanhamento do Contrato n.º 119/2007, cujo objeto é a prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar visando ao preparo e à distribuição de alimentos em unidades educacionais da Rede Municipal de Ensino – Lote 1, no valor de R$ 57.003.527,64.

Inicialmente manifestou-se a Auditoria apontando que a execução da avença não poderia ser acolhida por apresentar as seguintes infringências:

a) derivar do Pregão 73/2006, analisado no TC 72.001.587/07-88, no qual foram constatadas irregularidades e referir-se ao Contrato n.º 119/2007 e Termos de Aditamento n.º 001/2007 e 002/2007, examinados no TC 72.003.448/07-52, no qual também foram apontadas infringências;
b) não aceitação de parte do cardápio do dia, desperdício de alimentos, consumo apenas da sobremesa;
c) as quantidades medidas de lanches e merenda especial ultrapassaram as previstas no contrato, nas EMEFs e EMEIs;
d) as medições do mês de março de 2008, em sua quase totalidade, apresentaram ocorrências que ensejaram retenção parcial do pagamento no valor de R$ 37.871,96;
e) os apontamentos de ocorrências não vem sendo registrados pelos diretores das Unidades Escolares no formulário de "Medição Quinzenal";
f) os apontamentos de ocorrência nos Termos de Auditagem, realizados pelas nutricionistas da Secretaria Municipal de Educação, devem ser mais detalhados, a fim de que sejam mais claros;
g) as quantidades de unidades a ser atendidas pelo contrato divergem do número de unidades efetivamente atendidas nas Diretorias Regionais do Campo Limpo e do Butantã;

h) os métodos empregados para contagem dos lanches (número de canecas ou de alunos) podem causar divergências e não há previsão contratual sobre qual será o método de contagem da merenda distribuída;
i) o inventário inicial de utensílios e equipamentos foi realizado em apenas quatro das unidades escolares abrangidas pelo contrato;
j) o pagamento dos serviços prestados na primeira quinzena de março de 2008 foram efetuados com 9 dias de atraso;
k) a realização do controle diário das medições era efetuada, em cinco unidades visitadas, por funcionárias da própria contratada;
l) os parâmetros definidos pela Secretaria Municipal de Gestão para quantidade mínima de unidades inspecionadas e para quantidade mínima fixada para rejeição do lote não são observados pela própria Origem;
m) não há previsão contratual para o fornecimento do lanche adicional servido aos alunos das EMEIs que permanecem no período integral nos CEUs;
n) o fornecimento de Lanches aos alunos que permanecem no período integral das EMEIs dos CEUs e da EMEI Profa. Zilda de Franceschi não possui o respectivo lastro contratual.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou no sentido de não haver observado impropriedades de natureza jurídica que demandassem análise imediata, de modo que sugeriu a intimação da Origem para conhecimento das conclusões alcançadas.

Em respeito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, foram intimadas a Origem, o Ordenador da Despesa à época dos fatos e a Empresa Contratada, para se manifestarem nos autos.

A Secretaria Municipal de Modernização, Gestão e Desburocratização comunicou que, por meio do Decreto n.º 50.362, de 30 de dezembro de 2008, o Departamento de Merenda Escolar havia sido transferido para a Secretaria Municipal de Educação. Assim, afirma a competência do Departamento de Merenda Escolar para apresentar quaisquer esclarecimentos junto a este Tribunal de Contas do Município.

Mônica Krauter de Andrade, que ocupava, à época, o cargo de Coordenador da Coordenadoria de Gestão de Bens e Serviços da Secretaria Municipal de Gestão afirmou, em síntese, que:
a) a responsabilidade pela gestão dos contratos com empresas terceirizadas não era sua, mas sim da Diretora do Departamento de Logística, à época, a servidora Joana D'Arc Pereira Mura, conforme Portaria 156/07-SMG e que, posteriormente, em junho de 2008, a responsabilidade retornaria para o Departamento de Merenda Escolar da Secretaria Municipal de Educação;
b) contatou-se a necessidade de diversos esclarecimentos previamente à liquidação dos pagamentos, visto que os processos continham divergências entre as previsões do contrato e as diretrizes aplicadas pelos servidores responsáveis pela gestão da merenda terceirizada;

c) diante da notícia de possíveis fraudes na licitação que deu origem ao contrato analisado, a Secretaria Municipal de Gestão decidiu encaminhar todos os processos administrativos para PROCED/PGM, visando facilitar a instrução de Comissão Permanente Processante encarregada de apurar os fatos;
d) foi solicitado ao setor responsável pela "Gestão de Terceirizadas" que houvesse uma descrição objetiva das irregularidades com a respectiva proposta de aplicação de penalidade, se o caso;
e) eximiu-se de responsabilidade pelos demais apontamentos que reputou ser decorrentes da execução do contrato por entender que a competência era do setor informalmente designado como de "Gestão de Terceirizadas".

A empresa SP Alimentação e Serviços Ltda. apresentou defesa em que aduziu, resumidamente, o seguinte:

a) o Ministério Público do Estado de São Paulo, em seu entendimento, atuou para direcionar os atos da Administração Pública Municipal em relação à terceirização da merenda, de forma descrita como *"perseguição"* (sic);
b) a Municipalidade aplicou várias multas injustificadas durante a execução do Contrato, em razão de suposta *"pressão"* do Ministério Público Estadual;
c) a publicação do aviso de realização da sessão de abertura do pregão no Diário Oficial do Município foi suficiente para atender ao princípio constitucional da publicidade;
d) o princípio da competitividade, suscitado na manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, não seria abarcado pelo ordenamento jurídico pátrio;
e) o valor atingido na etapa de negociação era a proposta vencedora, não havendo ilegalidade na renegociação das propostas vencedoras;
f) os valores ofertados na renegociação sofreram redução de até 10%, alcançando-se o objetivo de obter a maior economia possível por meio do pregão;
g) o preparo e distribuição da merenda são atividades-meio que podem ser licitamente terceirizadas, nos termos do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho;
h) a mão de obra de pessoa jurídica prestadora de serviços não pode ser contabilizada como despesa de pessoal para fins da Lei de Responsabilidade Fiscal;
i) admite que houve prestação de serviços para 11 (unidades) sem lastro contratual, mas que o valor correspondente, de R$ 306.724,01 não foi pago, por retenção de glosas efetuadas pela Municipalidade;
j) defende que o pagamento do valor seja efetuado, pois apesar da ausência de previsão contratual, os serviços foram prestados e não pode haver enriquecimento sem causa da Administração;
k) o fornecimento extraordinário de lanches se deu em razão de imposição unilateral pela Municipalidade, que constitui cláusula exorbitante, que obriga a Contratada a prestar os serviços;

l) a Contratada pautou-se pela boa-fé objetiva contratual, prestando os serviços de forma fiel ao contrato.

Em complementação às informações prestadas, a Secretaria Municipal de Educação trouxe os seguintes esclarecimentos:

a) está atuando para reduzir os desperdícios por meio de ações educativas junto à empresa terceirizada e também pela alteração na sistemática de medição das refeições, separando a merenda do restante da refeição para fins de pagamento;
b) é possível que haja superação dos quantitativos estimados de lanches e merenda especial, pois a previsão é uma estimativa aproximada, que varia de acordo com o número de alunos matriculados e com a aceitação da merenda;
c) o problema da falta de apontamentos de ocorrências já foi solucionado com treinamento dos diretores de escolas com merenda terceirizada;
d) o contrato auditado não continha método de contagem, sendo que isso foi solucionado nas contratações posteriores;
e) o quadro técnico de nutricionistas era insuficiente para supervisionar e fiscalizar o contrato da forma como prevista, de modo que foi ampliado o quadro com a nomeação de vinte e sete especialistas sem saúde (nutricionistas);
f) a Pasta não se encontra na posse de documentos sobre a prestação de serviço em unidades escolares antes da devida celebração de aditamento.

Retornando os autos para análise da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Coordenadoria II entendeu que os documentos trazidos aos autos pelas defesas não apresentaram elementos que pudessem modificar a conclusão inicialmente alcançada, pela irregularidade da contratação e dos termos aditivos, com exceção da remessa das informações via SERI sobre os termos aditivos, que foi comprovada, sendo o apontamento retificado.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por sua vez, opinou no mesmo sentido, asseverando que as defesas apresentadas pelos responsáveis não permitem vislumbrar fato capaz de sanar irregularidades apontadas nos relatórios técnicos precedentes, cabendo o não acolhimento da contratação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal afirmou que os serviços foram efetivamente prestados e que as impropriedades verificadas não são suficientes para comprometer a execução da avença. Salienta que os agentes públicos vêm agindo de boa-fé e que a Secretaria Municipal de Educação tem atuado no sentido de sanear os problemas identificados.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opinou no sentido de que a execução contratual deve ser julgada irregular no montante de R$ 306.724,01, devido ao pagamento de despesas sem lastro contratual.

É o relatório.

V O T O

Examinando-se os elementos de instrução constantes dos autos, é inarredável a conclusão de que a execução do Contrato n.º 119/2007 não merece ser acolhida. Muito embora tenham sido constatadas infringências de menor gravidade – como atraso no pagamento dos serviços prestados – há graves falhas na execução contratual que atingem a equação econômico-financeira a ponto de serem prejudiciais ao Erário.

Dentre os pontos suscitados pelos Órgãos Técnicos, há duas espécies de irregularidades que merecem destaque pelas consequências produzidas, quais sejam, as falhas de controle e o atendimento de unidades não previstas no instrumento contratual.

As falhas de controle de execução contratual são especialmente críticas por incidirem na medição dos serviços prestados e ensejarem a possibilidade de pagamento por serviços que não foram realizados ou que foram executados não a contento, encontrando-se nesta categoria de falhas os itens 4.7, 4.10, 4.12, 4.13, 4.14, 4.15, 4.16, 4.17, 4.19, 4.20 e 4.21.

Veja-se que a ausência de controles mínimos da prestação de serviços inicia-se com uma omissão de uma previsão que seria imprescindível: o método a ser empregado na contagem da merenda distribuída (item 4.20). Uma vez iniciada a execução contratual e constatado que o contrato não previu a unidade de medição da prestação de serviço, deveria ter sido providenciado, de forma urgente, um termo de aditamento que disciplinasse a matéria, já que o pressuposto para medição e controle do contrato – merenda distribuída – simplesmente inexistia.

Contudo, como isso não ocorreu, o que se depreende da instrução processual é uma improvisação de formas de contagem, pelas unidades escolares, sem uma diretriz central, usando como meio de contagem a frequência dos alunos na escola ou a contagem de utensílios utilizados (canecas, pratos, entre outros), conforme restou destacado pelo relatório da Auditoria nos itens 4.15 e 4.16.

Embora as unidades tenham tentado suprir a falta de referência contratual, o que se verifica é o emprego de meios improvisados e inadequados de contagem da merenda, pairando a legítima dúvida se a quantia medida é aquela realmente servida e que deveria ter sido paga.

De fato, o contrato teve sua execução sob a responsabilidade da Secretaria Municipal de Gestão sendo que, posteriormente, em 2009, a administração da alimentação escolar passou a ser gerida, novamente, em sua integralidade, pela Secretaria Municipal de Educação, seja sob a forma terceirizada ou não. Esta, por sua vez,

providenciou para que o contrato subsequente ao analisado contemplasse método de contagem, até por decorrência dos apontamentos desta Corte de Contas.

Não obstante tenha sido comprovado nos autos que houve uma retificação da conduta administrativa, isso não afasta a constatação de que durante toda a execução do Contrato n.º 119/2007, que durou cerca de 2 (dois) anos, milhares de refeições foram pagas sem necessariamente terem sido servidas. Embora impossível de mensurar, pode-se inferir a ocorrência de dano ao Erário neste caso, pois, a aceitação da merenda não ocorre em relação a todos os alunos presentes (item 4.3 do relatório de Auditoria), mas havia unidades que mediam a merenda e a davam como efetivamente distribuída pela simples presença do aluno (item 4.16).

Como o aluno presente poderia consumir toda a merenda oferecida, apenas parte dela, ou não consumir nada, é lícito inferir que foram pagos itens não consumidos, ainda que, como dito, não haja possibilidade de se mensurar o prejuízo decorrente pela ausência de materialidade do dano causado. Isso perdurou durante toda a execução do contrato examinado, já que a própria Secretaria Municipal de Educação admite que apenas nos contratos posteriores a falha foi sanada.

Além dos métodos de quantificação impróprios, foi constatado que havia 5 (cinco) unidades escolares em que prepostos da Contratada realizavam a contagem e o controle diário das medições das refeições servidas, o que jamais deveria acontecer, diante do risco de serem apropriados quantitativos que não tenham sido efetivamente distribuídos.

Mesmo nas unidades em que os servidores da unidade educacional realizavam as medições, havia graves falhas de controle, já que o relatório de "Medição Quinzenal" não era devidamente preenchido (item 4.12) e a auditagem que deveria ser realizada pela Secretaria Municipal de Gestão era efetuada em quantidades inferiores ao mínimo contratual e até ao que seria necessário para que houvesse rejeição de todo o lote de prestação dos serviços (itens 4.16, 4.21).

Tais falhas não foram afastadas pelos defendentes. Pelo contrário, a Coordenadoria de Gestão de Bens e Serviços da Secretaria Municipal de Gestão afirmou que havia necessidade de diversos esclarecimentos previamente à liquidação dos pagamentos, visto que os processos continham divergências entre as previsões do contrato e as diretrizes aplicadas pelos servidores responsáveis pela gestão da merenda terceirizada.

Da mesma forma, a Secretaria Municipal de Educação aponta que foi ampliado o quadro de técnicos (nutricionistas) para que se pudesse realizar a auditagem correta dos contratos, mas isso se deu somente em momento posterior ao término do contrato ora analisado.

No que tange à segunda ordem de falhas, relativas ao atendimento de unidades não previstas no instrumento contratual, a Contratada atesta que isso realmente ocorreu. Daí que se infere que foram servidas refeições sem quaisquer parâmetros de quantia para medição e pagamento. E embora a Contratada alegue a existência de glosas, a

Auditoria demonstrou que os valores – que totalizavam à época R$ 306.724,01 – foram efetivamente pagos pela Municipalidade, como atestam os extratos de liquidação e pagamento juntados a fls. 3447/3450.

Se a falta de previsão de um critério de medição claro e adequado, para unidades em que havia uma estimativa de consumo, gera um risco inegável de pagamentos de serviços não prestados, maior ainda é a temeridade de pagar refeições servidas sem qualquer lastro contratual.

Registro que, de fato, há progresso nas medidas encetadas pela Secretaria Municipal de Educação para estabelecer parâmetros adequados de consumo e medição dos serviços prestados. Isso está demonstrado nestes autos bem como nas licitações posteriores, já examinadas por esta Corte, nos TCs 3.684/2015, 6.898/2016, 7.866/2016 e 2.937/2017.

Há, de fato, um salutar processo pedagógico de melhoria da eficiência da Administração nesse caso, mas isso não afasta as irregularidades anteriormente cometidas.

A terceirização de serviços constitui-se em um dos mais importantes fenômenos contemporâneos da Administração, seja de negócios privados, seja na seara da gestão pública. Consiste na transferência de atividades-meio de uma organização para outras pessoas (terceiros), permitindo concentração nas atividades finalísticas e nas atividades-meio consideradas estratégicas.

É possível que sejam auferidos benefícios por meio da terceirização, sendo que, no caso da educação, isso possa ocorrer com a liberação de agentes públicos e a possibilidade de priorização e foco nas atividades pedagógicas. Contudo, para tanto, além de serem necessárias licitações bem conduzidas e contratos bem formulados, é essencial que a Administração realize a competente fiscalização para garantir que as vantagens da terceirização não se revertam em ônus e problemas para o órgão ou entidade, ou, ainda, em prejuízo ao Erário.

Diante do exposto, **JULGO IRREGULAR** a **EXECUÇÃO** do Contrato n.º 119/2007, e **NÃO ACOLHO OS EFEITOS FINANCEIROS PRODUZIDOS**.

DEIXO DE DETERMINAR a responsabilização individualizada dos agentes públicos, valoração de ressarcimento ao Erário, ou outras medidas, em razão de haver[1]: a) processo administrativo 2009-0.226.635-3, já finalizado com imposição, pela Administração, de sanções administrativas disciplinares aos servidores envolvidos; b) ação de improbidade administrativa 0006393-93.2011.8.26.0053, que tramita perante a 7ª. Vara da Fazenda Pública da Capital; c) ação criminal 0095123-31.2007.8.26.0050, que tramita perante a 10ª. Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda; d) processo administrativo 08012.010022/2008-16, que tramita perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

[1] Informações extraídas do TC 72.001.587/07-88.

DETERMINO a expedição de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, com cópia do presente voto e do acórdão resultante deste julgamento.

INTIMEM-SE a Origem, a Contratada e os Responsáveis que participaram da instrução do feito. Após, arquivem-se os autos.

Plenário Cons. **PAULO PLANET BUARQUE,**

MAURICIO FARIA
Conselheiro

Assinado digitalmente por MAURICIO FARIA PINTO
Data: 29/08/2019 13:49:26 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo