

TC 007.132/2011-5.

Natureza: Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria).

Unidade: Município de Aracoiaba/CE.

Recorrentes: Marilene Campelo Nogueira (CPF 318.730.223-87); Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite (CPF 363.115.023-72); Clésio Wagner da Rocha Marinho (CPF 695.482.183-72).

Advogados constituído nos autos: Catarina Fernandes Freitas (OAB/CE n.º 28.844) e Ítalo Viana Aragão (OAB/CE n.º 27.392) representando Maria Cleide da Silva Ribeiro (Procuração à peça 159).

SUMÁRIO: Relatório de Auditoria. Avaliação da regularidade da aplicação dos recursos oriundos de transferências legais e voluntárias de programas federais. Contratação de serviços de transporte escolar. Constatação de fraude e conluio em licitações. Multa aos responsáveis da prefeitura municipal e declaração de inidoneidade das empresas licitantes. Pedidos de reexame interpostos por agentes municipais. Argumentos incapazes de alterar os fundamentos da deliberação recorrida. Conhecimento. Negativa de provimento. Autorização para parcelamento das dívidas. Comunicação.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedidos de reexame interpostos por Clésio Wagner da Rocha Marinho (peça 156), Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite (peça 158) e Marilene Campelo Nogueira (peça 161) contra o Acórdão 111/2015 – Plenário (peça 132), proferido nos seguintes termos:

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Aracoiaba/CE, objetivando analisar a regularidade da aplicação de transferências legais e voluntárias relativas aos programas federais Pnate, Pnae, PSF, Bolsa Família e Convênios, nos exercícios de 2009, 2010 e 2011;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 1º, incisos II e IX, 5º, inciso VII, e 58 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, incisos II e XIX, 5º, inciso VIII, 250, incisos II, III, e § 2º, e 268 do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. considerar revéis Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite e S. C. Serviços e Locações de Veículos Ltda., dando-se prosseguimento ao feito, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992 e do art. 202, § 8º, do Regimento Interno;

9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis Marilene Campelo Nogueira, Clésio Wagner da Rocha Marinho, R3 Serviços e Locação de Veículos Ltda. e Cotec Construção Transporte e Tecnologia Ltda.;

9.3. aplicar aos responsáveis Marilene Campelo Nogueira, Prefeita Municipal de Aracoiaba/CE, Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite, Secretária Municipal de Educação da

Prefeitura Municipal de Aracoiaba/CE, e Clésio Wagner da Rocha Marinho, Pregoeiro Oficial da Prefeitura Municipal de Aracoiaba/CE, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor individual de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RI/TCU, o recolhimento das quantias ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até as dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.5. declarar a inidoneidade das empresas S. C. Serviços e Locações de Veículos Ltda., R3 Serviços e Locação de Veículos Ltda. e Cotec Construção Transporte e Tecnologia Ltda. para participarem de licitações que envolvam recursos da Administração Pública Federal, mesmo os descentralizados mediante convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres federais, pelo prazo de 3 (três) anos, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992 e do art. 271 do Regimento Interno;

9.6. encaminhar cópia deste acórdão, acompanhado das peças que o fundamentam, ao Ministério da Saúde, ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE e ao Município de Aracoiaba/CE, e

9.7. determinar o apensamento destes autos ao TC-023.423/2012-9.

HISTÓRICO

2. Cuidam originalmente os presentes autos de auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Aracoiaba/CE, no período de 28/3/2011 a 28/6/2011, objetivando analisar a regularidade da aplicação de transferências legais e voluntárias relativas a cinco programas federais (Pnate, Pnae, PSF, Bolsa Família e Convênios) nos exercícios de 2009 a 2011.

2.1. O relatório de fiscalização elaborado pela equipe da Secex/CE (peça 72) apurou inúmeras irregularidades, dentre as quais indícios de fraude e/ou conluio nos Pregões Presenciais 001/2009, 002/2010 e 002/2011, destinados à contratação de serviços de transporte escolar pela municipalidade, ocasionando restrição ao caráter competitivo e direcionamento de licitação.

2.2. Em relação à referida irregularidade, a equipe de auditoria apurou que as empresas vencedoras das licitações, antes mesmo da autuação e da divulgação dos procedimentos licitatórios, celebraram diversos contratos de prestação de serviços com particulares, tendo como objeto o transporte escolar para os alunos do ensino fundamental e ensino médio da rede pública do Município de Aracoiaba/CE, para as mesmas rotas objeto das contratações. Evidentemente, tais empresas já sabiam do resultado de cada certame antes mesmo da sua divulgação.

2.3. Assim ocorreu nas contratações das empresas S. C. Serviços e Locações de Veículos Ltda. (exercício de 2009), R3 Serviços e Locação de Veículos Ltda. (exercício de 2010) e Cotec Construção Transporte e Tecnologia Ltda. - ME (exercício de 2011). As empresas contratadas subcontrataram integralmente os serviços. Cabe frisar que tais empresas possuíam vínculos com as outras empresas que participaram dos respectivos certames, e que as empresas R3 e Cotec não tinham estrutura administrativa nem operacional, sequer havia empregados em seus quadros.

2.4. As conclusões da fiscalização foram apreciadas por meio do Acórdão 4270/2012 – 1ª Câmara (peça 77), que, no que interessa à presente análise, determinou, em face dos indícios de ocorrência de fraude e conluio nos Pregões Presenciais 001/2009, 002/2010 e 002/2011-Seduc, a audiência dos responsáveis (gestores municipais e das empresas licitantes) abaixo especificados:

2.4.1 Gestores: Marilene Campelo Nogueira, ex-Prefeita; Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite, ex-Secretária de Educação; e Clésio Wagner da Rocha Marinho, ex-Pregoeiro;

2.4.2. Empresas: S. C. Serviços e Locações de Veículos Ltda., R3 Serviços e Locação de Veículos Ltda., Cotec Construção Transporte e Tecnologia Ltda. – ME.

2.5. A Secex/CE, por meio da instrução constante da peça 127, propôs a rejeição das razões de justificativa apresentadas e a aplicação de multa aos gestores e às empresas, concluindo-se, na oportunidade, que os argumentos declinados não haviam sido capazes de elidir os fatos que lhes foram imputados.

2.6. Cabe registrar que, embora devidamente notificados, a ex-Secretária Municipal de Educação, Sra. Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite, e a empresa S. C. Serviços e Locações de Veículos Ltda. não atenderam às audiências que lhes foram dirigidas, sendo, por assim, julgadas à revelia, nos termos do art. 12, §3º, da Lei 8.443/1992 e do art. 202, §8º, do Regimento Interno do TCU.

2.7. O Relator **a quo** anuiu, em essência, às conclusões da unidade técnica, divergindo, no entanto, de parte da proposta de encaminhamento, por entender que às empresas licitantes não deveria ser aplicada a multa pecuniária alvitrada, mas sim declarada a inidoneidade para participarem de licitação no âmbito da Administração Pública.

2.8. Transcreve-se, a seguir, excerto do Voto condutor (peça 131), do qual constam as razões de decidir que embasaram a deliberação recorrida:

(...)

7. De fato, o conjunto dos indícios registrados no item 2.6 do relatório de fiscalização constante dos autos (peça 72, p. 25/32), os quais os responsáveis não lograram justificar, nos levam a concluir que de fato houve fraude na realização dos Pregões Presenciais 001/2009, 002/2010 e 002/2011-Seduc, vencidos respectivamente pelas empresas S. C. Serviços e Locações de Veículos Ltda., R3 Serviços e Locação de Veículos Ltda. e Cotec Construção Transporte e Tecnologia Ltda.

8. Destaco os seguintes indícios, entre os diversos enumerados no relatório de fiscalização:

8.1. Pregão Presencial 001/2009:

a) a empresa vencedora do certame (S.C. Serviços e Locações de Veículos Ltda.) celebrou em 5/2/2009 diversos contratos de prestação de serviços com particulares, tendo como objeto o transporte escolar para os alunos do ensino fundamental e ensino médio da Rede Pública do Município de Aracoiaba/CE, ou seja, antes mesmo da abertura do processo licitatório, ocorrida em 11/2/2009, a empresa já havia celebrado a subcontratação do objeto do certame;

b) a Ata da Sessão de Julgamento da licitação foi assinada por representante de empresa estranha ao certame (Transmaster Locações de Veículos e Serviços de Limpeza Ltda.), e deixou de constar a assinatura de representante da empresa licitante Torres Martins Serviços e Construções Ltda.;

c) determinada empregada da empresa S.C. constava como sócia da empresa Transmaster;

d) as empresas S.C. e Transmaster possuem endereços contíguos que constituem um único imóvel (conforme evidenciado por fotos);

e) a outra empresa licitante (Voxloc Locadora de Veículos, Construções e Serviços Ltda.) não possuía estrutura administrativa e operacional, visto que não detinha qualquer empregado em seus quadros (conforme RAIS);

8.2. Pregão Presencial 002/2010:

a) a empresa vencedora do certame (R3 Serviços e Locação de Veículos Ltda.) celebrou em 1/1/2010 diversos contratos de prestação de serviços com particulares, tendo como objeto o transporte escolar para os alunos do ensino fundamental da Rede Pública do Município de Aracoiaba/CE, ou seja, antes mesmo da abertura do processo licitatório, ocorrida em 14/1/2010, a empresa já havia celebrado a subcontratação do objeto do certame;

- b) as três empresas licitantes possuem o mesmo telefone;
- c) a caixa postal (email) da empresa R3 é o mesmo da empresa licitante Marcont Assessoria Serviços Transporte e Construção Ltda. – ME;
- d) o contador das empresas R3 e Marcont é sócio da terceira empresa licitante, THM Construção, Serviços e Transporte Ltda.;
- e) a empresa R3 não possuía estrutura administrativa e operacional, visto que não detinha qualquer empregado em seus quadros (conforme RAIS);

8.3. Pregão Presencial 002/2011:

- a) a empresa vencedora do certame (Cotec Construção Transporte e Tecnologia Ltda.) possui o mesmo telefone e a mesma caixa postal (email) que a empresa licitante Marcont Assessoria Serviços Transporte e Construção Ltda. – ME;
- b) o contador da empresa Cotec é irmão de sócio da empresa Marcont;
- c) a empresa Cotec e a empresa licitante Ecotec Empresa de Construção e Terceirização Ltda. não possuíam estrutura administrativa e operacional, visto que não detinham qualquer empregado em seus quadros (conforme RAIS).

9. Esses indícios, bem como os demais elencados no relatório de fiscalização, são elementos consistentes que impedem aceitar o argumento de que ainda assim teria havido competição legítima entre as licitantes.

10. Corretamente responsabilizados, a ex-Prefeita, a ex-Secretária e o ex-Pregoeiro não trouxeram elementos para afastar os indícios de fraude nos três pregões realizados nos exercícios de 2009 a 2011. Do mesmo modo, as empresas S. C. Serviços e Locações de Veículos Ltda., R3 Serviços e Locação de Veículos Ltda. e Cotec Construção Transporte e Tecnologia Ltda. não elidiram os inúmeros indícios de conluio no âmbito das licitações.

11. Dessa forma, proponho que os gestores sejam apenados com a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, conforme sugerido pela Secex/CE.

12. No que tange às empresas vencedoras da licitação, entretanto, diverso do proposto pela Unidade Técnica, entendo que, em vez da aplicação de multa, deva o Tribunal declarar sua inidoneidade para participar de licitação na Administração.

2.9. Nos pedidos de reexame interpostos, os recorrentes formulam, em síntese, os seguintes pedidos:

a) Sra. Marilene Campelo Nogueira, ex-Prefeita Municipal, requer (peça 161), em sede de preliminar, a exclusão do seu nome do polo passivo da relação processual, por ilegitimidade passiva, e, no mérito, o provimento do seu recurso, a fim de afastar a multa aplicada;

b) Sra. Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite, ex-Secretária de Educação, requer (peça 158) o provimento do seu recurso, a fim de afastar a multa aplicada, solicitando, subsidiariamente, caso não acolhido o seu pedido, o parcelamento da multa que lhe foi aplicada, nos termos do art. 26 da Lei 8443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno do TCU;

c) o Sr. Clésio Wagner da Rocha Marinho, ex-Pregoeiro Oficial, requer (peça 156) o provimento do seu recurso, a fim de afastar a multa aplicada.

2.10. Feito esse histórico, passa-se ao exame dos recursos.

ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares promovidos por esta Serur (peças 178 a 180), que propuseram conhecer dos pedidos de reexame interpostos, com fundamento no art. 48 da Lei

8.443/1992, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.3 e 9.4 do acórdão recorrido. As referidas análises contaram com a anuência do Ministro-Relator dos recursos (peça 183).

EXAME TÉCNICO

4. Delimitação

4.1. Constituem objeto da presente análise as seguintes questões:

a) em sede de preliminar:

a.1) legitimidade passiva ou não da ex-Prefeita para figurar na relação processual;

a.2) configuração ou não de **bis in idem**, bem assim da prescrição da pretensão punitiva;

b) no mérito, a caracterização ou não das irregularidades apuradas nos autos.

5. Da legitimidade passiva da ex-Prefeita para figurar na relação processual.

Argumentos:

5.1. A recorrente Marilene Campelo Nogueira, ex-Prefeita municipal, sustenta (peça 161, p. 3-5) que o Município de Aracoiaba/CE disciplinou suas atividades administrativas por meio de ações descentralizadas, a teor do que dispôs a Lei Municipal 861/05 (peça 121, p. 13-15), ficando a cargo de cada Secretário a responsabilidade pelos respectivos atos de gestão, o que excluiria a prática de atos de ordenação de despesas da esfera de atuação da ex-Prefeita Municipal.

5.2. Desse modo, insurge-se a recorrente contra o chamamento de sua pessoa aos autos do processo para responder acerca da ocorrência de fraude e conluio em licitações, defendendo ainda que não poderia ser responsabilizada por tais fatos, uma vez que eram relacionados às atividades da Secretaria de Educação e mais diretamente aos membros da Comissão de Licitação.

5.3. Em suma, a recorrente defende inexistir relação entre os fatos apontados com atribuições do Chefe do Poder Executivo, conforme teriam concluído os técnicos deste Tribunal, razão pela qual invoca a sua legitimidade passiva para figurar como responsável nos presentes autos.

Análise:

5.4. Não assiste razão à recorrente.

5.5. Conforme assinalou a instrução da Secex/CE (peça 127, p. 5), é pacífico o entendimento deste Tribunal no sentido de que a delegação de competência não exclui a responsabilidade de autoridade a pessoa delegante, a exemplo do que constou no Acórdão 476/2008 – Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar:

(...)

3. A delegação de competência para execução de despesas custeadas com recursos públicos federais não exime de responsabilidade a pessoa delegante, **eis que inadmissível a delegação de responsabilidade, devendo responder pelos atos inquinados tanto a pessoa delegante como a pessoa delegada, segundo a responsabilidade de cada uma.**

5.6. Na mesma linha, cite-se os enunciados dos seguintes precedentes deste Tribunal:

O instrumento da delegação de competência não retira a responsabilidade de quem delega, visto que remanesce a responsabilidade no nível delegante em relação aos atos do delegado. Cabe, por conseguinte, à autoridade delegante a fiscalização dos atos de seus subordinados, diante da culpa **in eligendo** e da culpa **in vigilando**. (Acórdão 296/2011 – 2ª Câmara, Relator Min. José Jorge)

O instrumento da delegação de competência não retira a responsabilidade de quem delega, visto que remanesce a responsabilidade no nível delegante em relação aos atos do delegado. Cabe, por conseguinte, à autoridade delegante a fiscalização dos atos de seus subordinados, diante da possibilidade de responsabilização por culpa **in eligendo** e/ou culpa **in vigilando**. (Acórdão 894/2009 – 1ª Câmara, Relator Min. Marcos Vilela).

5.7. Conquanto seja salutar a descentralização das atividades administrativas, a exemplo do que disciplinou a Lei Municipal 861/2005, tal circunstância não tem condão de isentar a ex-Prefeita de responsabilidade acerca da correta aplicação dos recursos federais, pois cabia à mandatária municipal, no exercício da supervisão hierárquica, a fiscalização da atuação dos seus subordinados, o que não foi realizado aconteceu a contento.

5.8. Com efeito, como bem assinalou o relatório de auditoria da Secex/CE (peça 72, p. 40), a ex-Prefeita nomeou e não realizou adequadamente a supervisão sobre a atuação dos seus subordinados relativamente às licitações questionadas, de modo que sua omissão permitiu a ocorrência de fraude e/ou conluio entre as empresas, resultando na restrição ao caráter competitivo da licitação, no direcionamento do certame, e na contratação de empresas sem capacidade operacional para executar os objetos licitados.

5.9. Assim, ainda que não tenha atuado diretamente na realização dos procedimentos licitatórios, não é crível que, diante da extensão das irregularidades, não tivesse conhecimento dos atos que eram praticados no âmbito da Secretaria da Educação, bem assim da Comissão de Licitação, o que evidenciada que, no mínimo, foi conivente com os atos praticados por seus subordinados, concorrendo, desta forma, para a ocorrência das irregularidades.

5.10. Por fim, não prospera a alegação recursal acerca da suposta ausência de relação da ex-Prefeita com os fatos apurados nos autos, uma vez que devidamente evidenciado o nexo de causalidade entre sua conduta e as irregularidades apontadas na deliberação recorrida, justificando-se, portanto, o seu chamamento aos autos para responder acerca das irregularidades que lhe foram imputadas.

5.11. Desta forma, não merecem acolhimento os argumentos recursais apresentados, uma vez que demonstrada sua legitimidade passiva da ex-Prefeita municipal.

6. Da não configuração do bis in idem e da prescrição da pretensão punitiva.

Argumentos:

6.1. A recorrente Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite, ex-Secretária Municipal de Educação, ressalta inicialmente (peça 158, p. 2-3) a existência neste Tribunal de processo de tomada de contas especial (TC 023.423/2012-9) tratando dos mesmos fatos discutidos nestes autos, ou seja, supostas irregularidades na contratação de serviço de transporte escolar, indícios de superfaturamento e fraude, além de outras falhas conexas.

6.2. Afirma a recorrente que, no âmbito da referida tomada de contas especial, fora apenas anteriormente com multa no valor de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais) pelos mesmos fatos e que, nada obstante tal circunstância ser do conhecimento dos julgadores, não restou reconhecida a identidade de objeto entre os processos.

6.3. Desta forma, sustenta a Sra. Maria Cleide que estaria configurado o **bis in idem**, tendo em vista que fora apenas duas vezes pelos mesmos fatos, razão pela qual entende que a multa aplicada pela deliberação recorrida deve ser excluída.

6.4. Por fim, ainda em sede de preliminar, a recorrente defende (peça 158, p. 4-5) a ocorrência de prescrição, na sua modalidade quinquenal, uma vez que as irregularidades apuradas nos autos não seriam mais passíveis de punição, considerando que os atos inquinados remetem ao ano de 2009, 2010 e 2011, transcorridos, portanto, mais de 5 (cinco) anos desde que foram praticados.

Análise:

6.5. Quanto à alegada existência de **bis in idem**, cabe, de início, lembrar que a tomada de contas especial relativa ao processo TC 023.423/2012-9 foi constituída em atendimento ao Acórdão 4270/2012 – 1ª Câmara (peça 77), com o propósito específico de apurar possível sobrepreço nos contratos derivados das licitações sob análise destinadas à contratação de serviços de transporte escolar.

6.6. O referido processo restou apreciado pelo Acórdão 6978/2014 – 1ª Câmara (Rel. Ministro Augusto Sherman), deliberando-se, na ocasião, no sentido de considerar que, apesar do carácter antieconômico das contratações, não havia elementos necessários para quantificar o dano causado ao Erário, sendo tal julgado confirmado pelos Acórdãos 2462/2015 e 5152/2015, ambos da relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

6.7. Por essa razão, decidiu-se pela irregularidade das contas da ex-Prefeita, Sr. Marilene Campelo Nogueira, e da ex-Secretária, Sr. Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite, com aplicação da multa do art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 16.000,00, em virtude das diversas irregularidades apuradas, não relacionadas com fraude e/ou conluio nas licitações.

6.8. Por outro lado, verifica-se que, nos presentes autos, as sanções ampliadas aos responsáveis decorreram de irregularidades relacionadas aos indícios de fraude e/ou conluio entre licitantes, não havendo qualquer vinculação entre os fatos, conforme já havia pontuado o Relator *a quo* no seu Voto Condutor:

14. Observo que as ocorrências que motivaram a aplicação de multa às gestoras no âmbito da TCE (contratação antieconômica, subcontratações ilegais e acompanhamento deficiente dos contratos) são diversas da irregularidade que fundamenta a proposta de aplicação de multa nos presentes autos (ocorrência de fraude à licitação), não se podendo falar em **bis in idem**. Da mesma forma, a exclusão das empresas da relação processual atinente à TCE decorre da impossibilidade da quantificação dos débitos nos contratos, e não interfere na presente apreciação, que se refere às irregularidades apuradas nos procedimentos licitatórios.

6.9. Corrobora essa conclusão a constatação de que as multas têm fundamento legal diverso, pois, enquanto a multa aplicada no âmbito da tomada de contas especial encontra supedâneo no inciso I do art. 58 da Lei 8.443/1992 (contas julgadas irregulares de que não resulte débito), a multa aplicada nestes autos ampara-se na disposição do inciso II do mesmo artigo (ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar), de modo que buscam sancionar atos juridicamente distintos.

6.10. Ademais, cabe salientar que o afastamento do débito no âmbito da mencionada TCE não constitui motivo para tornar insubsistente o acórdão ora recorrido, porquanto lastreado em provas e fundamentos jurídicos igualmente distintos.

6.11. Portanto, não procedem as alegações da recorrente quanto à configuração de **bis in idem** por parte da deliberação recorrida.

6.12. Em relação à ocorrência de prescrição, vale consignar o entendimento deste Tribunal acerca do tema, consagrado por meio do Acórdão 1.441/2016 – Plenário (Relator Min. Benjamin Zymler), no sentido de que a prescrição da pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição disposto no Código Civil (dez anos), contado a partir da data da ocorrência da irregularidade e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

6.13. No caso concreto, os fatos ocorreram nos anos de 2009, 2010 e 2011 e a multa foi aplicada em 2015, dentro, assim, do prazo de prescricional de 10 (dez) anos, sendo, portanto, os atos questionados passíveis de punição por este Tribunal.

6.14. Em razão disso, não merece acolhimento o argumento recursal apresentado.

7. Da configuração das irregularidades apontadas na deliberação.

Argumentos:

7.1. Os recorrentes Marilene Campelo Nogueira (peça 161) e Clésio Wagner da Rocha Marinho (peça 156) apresentam argumentos semelhantes no intuito de descaracterizar os indícios de fraude e/ou conluio apontado nos Pregões Presenciais 001/2009, 002/2010 e 002/2011, mormente aqueles descritos no item 8 do Voto condutor do Acórdão recorrido.

7.2. Nesse sentido, sustentam que, por se tratarem os certames mencionados de licitação na modalidade pregão, somente se procede a abertura da proposta da empresa vencedora, de modo que não havia como a Administração Municipal, por meio de sua Comissão de Licitação, verificar eventuais ligações entre as empresas concorrentes, especialmente os vínculos entre sócios e funcionários das licitantes.

7.3. Em relação à ausência de estrutura administrativa e operacional das empresas para execução dos serviços, afirmam os recorrentes inexistir na Lei 8.666/1993 qualquer dispositivo que exija a apresentação da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), de forma que a Comissão de Licitação jamais poderia detectar a incapacidade operacional das licitantes, defendendo, assim, os procedimentos adotados pelo Município na escolha das vencedoras.

7.4. Quanto à subcontratação total dos serviços de transporte escolar, os recorrentes asseveram por sua possibilidade jurídica, à luz da interpretação que fazem dos arts. 72 e 78 da Lei 8.666/1993, razão pela qual pugnam porque sejam desconsideradas as situações apontadas na deliberação recorrida.

7.5. Especificamente quanto à constatação da equipe de auditoria de que a empresa vencedora do Pregão 001/2009 havia subcontratado os serviços antes mesmo da abertura do processo licitatório, os recorrentes alegam que tal situação se justificaria em virtude de a licitante ter sido vencedora de outro certame no ano de 2008, daí o motivo porque teria firmado contratos anteriormente com os prestadores de serviços.

7.6. Relativamente à constatação da auditoria de que a assinatura constante da ata da sessão de julgamento foi firmada por representante de empresa estranha ao referido certame, afirmam os recorrentes tratar-se de equívoco cometida pela equipe responsável pela condução do certame, o qual não teria acarretado nenhum prejuízo à municipalidade.

7.7. Em suma, os recorrentes Marilene Campelo Nogueira e Clésio Wagner da Rocha Marinho sustentam que não havia como as irregularidades serem detectadas e que agiram com estrita observância aos ditames da legalidade, pugnando-se, assim, pela descaracterização das ocorrências.

7.8. Por seu turno, a recorrente Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite (peça 158) defende inicialmente a ausência de ação ou omissão dolosa de sua parte, afirmando que ao tomar conhecimento das irregularidades envidou esforços para sua correção, o que restaria comprovado nos autos do processo TC 023.423/2012-9.

7.9. Na sequência, a recorrente passa a apresentar argumentos específicos com vistas a descaracterizar as irregularidades apontadas na deliberação recorrida, conforme sintetizados a seguir.

7.10. No caso da subcontratação integral dos serviços de transporte escolar, alega que não pode ser penalizada por conduta ilegal praticada por outrem, no caso a empresa licitante, a qual teria subcontratado particulares sem anuência da Administração Pública e em desacordo com o edital da licitação, de modo que tal ato constitui-se em decisão única e exclusiva da empresa.

7.11. Assim, defende a recorrente que não pode ser responsabilizada, ainda que solidariamente, por tal irregularidade, devendo a responsabilidade recair exclusivamente sobre as

empresas licitantes, sob pena de violação do princípio da intranscendência da denúncia da pena, vez que não anuiu, tampouco concorreu para a conduta delituosa.

7.12. Relativamente aos indícios de sobrepreço na contratação dos serviços de transporte escolar, afirma que no âmbito do TC 023.423/2012-9 a imputação de débito foi excluída, diante da impossibilidade de se apurar o **quantum** supostamente superior ao devido, de forma que inexistiria lastro probatório suficiente para sustentar a sanção à recorrente, além do que os serviços teriam sido efetivamente prestados.

7.13. Por fim, no tocante às fraudes detectadas nas licitações, a recorrente aduz argumentos semelhantes aos declinados pelos outros recorrentes acima mencionados, merecendo destaque a afirmação acerca do entendimento deste Tribunal, firmado no Acórdão 297/2009 – Plenário (Rel. Ministra, de que não haveria vedação à participação de empresas com sócios em comum, o que descaracterizaria um dos indícios apontados pela equipe de auditoria.

Análise:

7.14. De início, insta registrar que os recorrentes Marilene Campelo Nogueira e Clésio Wagner da Rocha Marinho reproduzem, em boa parte, os argumentos declinados na fase anterior do processo, os quais foram detidamente examinados na instrução da Secex/CE (peça 127) que subsidiou a deliberação recorrida, motivo pelo qual cabe, neste momento, reiterar os seus fundamentos que balizaram a referida análise.

7.15. Quanto à alegação de que a Administração Municipal não poderia verificar as eventuais ligações entre as empresas licitantes, bem assinalou a instrução da Secex-CE (peça 127, p. 6) que não se afigura “*verossímil que, havendo nada menos que 23 ligações entre as únicas empresas licitantes, a Administração nada soubesse das ligações entre as empresas, ainda se tratando de cidade de pequena população*”.

7.16. De fato, porventura se tratasse de um indício isolado, até se poderia cogitar da impossibilidade de os integrantes da Administração Municipal descobrirem a fraude e/ou conluio entre as empresas, mas, diante das inúmeras situações ilustradas na deliberação recorrida, não há como admitir que os agentes municipais desconhecem os fatos, tudo indicando que participaram ou foram coniventes com as irregularidades.

7.17. Para ilustrar, cite-se as várias ligações verificadas entre as 3 (três) empresas participantes do Pregão 2/2010 (R3 Serviços, THM e Marcont), conforme discriminado na instrução da Secex/CE:

- as três empresas possuem o mesmo telefone (85 - 3261-4587); a caixa postal eletrônica (e-mail) das empresas R3 Serviços e Marcont é a mesma (gledsonaraujo@hotmail.com), pertencente a José Gledson Araújo da Silva, sócio administrador da R3 Serviços;

- Francisco Galba Lima de Freitas, contador da Marcont e da R3 Serviços, era sócio administrador da THM; Francisco Alex de Sousa, sócio administrador da R3, era sócio de José Glauco Lima de Freitas (irmão de Glaubo e Francisco Galba Lima de Freitas) na Cotec Construção Transporte e Tecnologia Ltda – ME, empresa cujo contador é Glaubo Lima de Freitas (sócio da THM) e cujo telefone (85- 3261-4587), é o mesmo das três participantes de citado pregão (R3 Serviços, THM e Marcont);

- José Glauco Lima de Freitas era sócio, na Jurisconsult Assessoria e Consultoria Técnica S/S Ltda., de Francisco Galba Lima de Freitas (sócio da THM e contador da R3 Serviços e da Marcont) e de Antonio Jerrivan Filho (contador da THM);

- a CTS – Cooperativa de Transporte e Serviços Ltda., que forneceu o atestado de capacidade técnica para a R3 Serviços, vendedora do Pregão em tela, tinha como Presidente Glaubo Lima de Freitas (sócio da THM), e como Diretores, Marcos Aurélio Marques Rodrigues (sócio da

Marcont) e José Gledson Araújo da Silva (sócio da R3 Serviços, à época da licitação); e como contador, Antônio Jerrivan Filho (contador da THM).

7.18. É de se admitir que a identificação desses vínculos entre as empresas não dependia exclusivamente da abertura da proposta da empresa vencedora do pregão, uma vez que, por outros procedimentos disponíveis, a Comissão de Licitação poderia constatar facilmente tais ligações entre as licitantes, o que denota que os responsáveis não agiriam com a diligência que lhes era exigida no exercício de suas funções.

7.19. Em relação à ausência de estrutura administrativa e operacional das empresas para execução dos serviços, nunca se exigiu dos responsáveis que, previamente à contratação, realizassem consulta à Relação Anual de Informações Sociais – RAIS para certificar-se da situação da empresa, pois, realmente, inexistia tal obrigação na Lei 8.666/1993, embora a necessidade de comprovação de capacidade para a execução dos serviços esteja presente na Lei de Licitações (art. 30).

7.20. A referência à consulta da RAIS pela equipe de auditoria (peça 72, p. 29), a qual apontou a ausência de estrutura administrativa e operacional das empresas, teve o único propósito de evidenciar que elas não detinham capacidade para executarem os serviços, daí porque foram subcontratados, repassados a diversos particulares, com preço inferior ao efetivamente recebidos da Prefeitura Municipal de Aracoiaba/CE.

7.21. Deste modo, tem-se que os responsáveis não adotaram as providências de sua alçada no sentido de comprovar que as empresas vencedoras detinham efetivamente capacidade operacional para execução dos serviços, o que, aliás, também restou consignado na instrução da Secex/CE (peça 127, 6), que subsidiou a deliberação recorrida, **verbis**:

d) um certame licitatório visa à compra de algum bem ou ao fornecimento de algum serviço. O primeiro requisito é que os competidores tenham condições de fazê-lo. No caso, o serviço de transporte só pode ser oferecido por uma empresa que tenha condições de transportar. **Essas empresas competidoras não o tinham, por falta de pessoal. Não cabe à Administração quedar inerte enquanto empresas sem condições de fornecer o serviço competem em seus certames, sob pena destes certames perderem sua razão de ser. A Administração, capitaneada pela responsável, não exerceu sua função de garantir uma competição entre empresas efetivamente capazes de estar presentes na competição;**

7.22. Na esteira dessa análise, cabe destacar que a discussão acerca da possibilidade jurídica ou não da subcontratação total dos serviços de transporte escolar não foi determinante para a responsabilização dos agentes municipais, até porque a simples leitura dos editais de licitação e respectivos contratos firmados (peças 34, 35 e 36) permitia concluir que eles vedavam a subcontratação integral, admitindo-a tão-somente na forma parcial e com a anuência expressa da Administração.

7.23. De toda a sorte, a jurisprudência deste Tribunal é pacífica quanto à impossibilidade de se realizar a subcontratação integral, tal qual como verificado com os serviços de transporte escolar no município de Aracoiaba/CE, nos exercícios de 2009, 2010 e 2011, conforme se observa dos seguintes precedentes:

Não é permitida a *subcontratação integral* dos serviços, admitindo-se tão somente a *subcontratação* parcial quando expressamente prevista no edital de licitação e no contrato. (Acórdão 2093/2012 – Plenário, Rel. Ministro André de Carvalho).

A subcontratação deve ser tratada como exceção. Só é admitida a subcontratação parcial e, ainda assim, desde que demonstrada a inviabilidade técnico-econômica da execução integral do objeto por parte da contratada, e que haja autorização formal do contratante. (Acórdão 834/2014 – Plenário, Rel. Min. André de Carvalho).

7.24. Em verdade, a menção às situações de subcontratação integral pela equipe de auditoria objetivou simplesmente demonstrar que as empresas contratadas, em face da ausência de capacidade operacional, repassaram os serviços a particulares antes mesmo da realização das licitações, reforçando, assim, os indícios de fraude e/ou conluio nas licitações.

7.25. De fato, um acompanhamento mais cuidadoso permitiria, de pronto, detectar a subcontratação ilegal, não podendo a mesma ser imputada exclusivamente às empresas contratadas, pois era sim dever dos responsáveis apurar se as empresas estavam realmente executando os serviços em conformidade com os termos contratuais, o que, caso tivesse sido efetivado, teria contribuído para evitar as irregularidades apuradas nos autos.

7.26. Quanto à alegação de que, no caso do Pregão 001/2009, a subcontratação detectada seria motivada em virtude de a empresa contrata ter sido vencedora de outro certame realizado no ano de 2008, entende-se que a mesma, ao contrário do pretendido, milita em desfavor dos recorrentes, porquanto evidencia que a irregularidade se iniciou muito antes do que foi apurado pela equipe de auditoria. Além do mais, tal afirmação corrobora a conclusão lançada nos autos de que as empresas contratadas efetivamente não prestavam os serviços.

7.27. Ainda em relação ao certame antes especificado, mostra-se desarrazoado qualificar a divergência de assinatura constatada na ata do pregão como mero equívoco cometido pela equipe responsável pela condução do certame, diante da importância de tal documento para formalização do processo licitatório, consoante assinalou a instrução da Secex/CE (peça 127, 5):

(...) é pouco verossímil, em um ato solene como é um procedimento licitatório, onde há uma competição e em que todos os atos devem ser feitos com cuidado, pois podem ensejar a invalidação de todo o processo, que um pregoeiro escreva errado o nome de uma firma e ainda mais que o representante de outra firma assine seu nome sobre o dela. Tomado junto com outros indícios constantes nestes autos, tal ato leva a crer que o certame não se constituiu em competição verdadeira.

7.28. Desta forma, em que pese alegarem a observância dos ditames legais, o conjunto de indícios apontado indica que as fraudes e os conluio nas licitações não poderiam ter ocorrido sem a participação ou conivência dos agentes municipais, daí porque os argumentos apresentados mostram-se insuficientes para afastar as irregularidades.

7.29. Em relação à recorrente Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite, cabe primeiramente esclarecer que no âmbito deste Tribunal a responsabilização prescinde da comprovação de dolo ou má-fé, bastando a demonstração da existência de culpa e o nexo de causalidade entre a conduta e o ato imputado ao agente.

7.30. Com efeito, a responsabilidade dos jurisdicionados perante esta Corte é de natureza subjetiva, caracterizando-se mediante a presença de simples culpa, *stricto sensu*, não se fazendo necessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado (v. g. Acórdão 6943/2015 – 1ª Câmara, Rel. Ministro Bruno Dantas).

7.31. Na espécie, conquanto a recorrente alegue a ausência de ação ou omissão dolosa de sua parte, verifica-se que, na condição de ex-Secretária de Educação, não agiu com o devido cuidado, uma vez que homologou os pregões questionados e celebrou, em nome da prefeitura, os respectivos contratos com as empresas vencedoras desses certames, apesar da ocorrência de fraude e/ou conluio em virtude da existência de vínculo existente entre os licitantes.

7.32. Ademais, não procede o argumento da recorrente de que, no âmbito do TC 023.423/2012-9, teria sido reconhecida sua atuação diligente em relação às irregularidades que lhe foram imputadas. Não bastasse a circunstância de que lá foram discutidos fatos distintos (prestação de serviços de transporte escolar por motoristas sem habilitação específica e de veículos em condições precárias de uso), o Voto condutor da respectiva deliberação proferida deixou assente a ausência de providências por parte dos responsáveis:

13. Procede o exame da instrução quanto à rejeição da justificativa no sentido de que haveriam sido tomadas providências em relação à situação identificada de prestação dos serviços de transporte escolar por motoristas não devidamente habilitados e de veículos em condições precárias de uso, **tendo em vista que, além de não se haver comprovado a adoção de tais medidas em nível suficiente, resta claro que tal intervenção somente se verificou após a constatação do quadro irregular por parte deste Tribunal.** (Acórdão 6978/2014 – 1ª Câmara, Rel. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti)

7.33. Quanto ao entendimento firmado por este Tribunal, no âmbito do Acórdão 297/2009 – Plenário (Rel. Ministro Marcos Vilela), no sentido que não haveria vedação à participação em licitação pública de empresas com sócios em comum, não procede o argumento da recorrente de que tal posicionamento importaria na descaracterização dos indícios de fraude/conluio apontados pela equipe de auditoria.

7.34. Com efeito, embora não se possa presumir a fraude pelo simples fato de as empresas possuírem sócio em comum, pois, a princípio, as pessoas jurídicas podem ter atuação distintas, entende-se que, na espécie, os inúmeros vínculos detectados não permitem afirmar que as licitantes não atuem de forma concertada, de modo que o aludido posicionamento do Tribunal não se socorre aos responsáveis.

7.35. Não é demais lembrar que esse mesmo argumento já havia sido refutado pela Secex/CE (peça 127, p. 9-10), concluindo também instrução de que o referido entendimento não permitia concluir a licitude do certame quando apresentadas evidências em sentido contrário, **verbis:**

a) a principal alegação, que estende por vários subitens, se prende ao significado do Acórdão 297/2009 – TCU – Plenário. Tal documento, citado e confirmado pelo Acórdão 526/2013 – TCU – Plenário, estabelece que a legislação que regula a realização de procedimentos licitatórios não veda explicitamente a participação de empresas com sócios em comum. No entanto, segundo os mesmos acórdãos, este Tribunal já considerou irregular a participação de empresas com sócios comuns em licitações nos seguintes casos: quando da realização de convites; quando da contratação por dispensa de licitação; quando existe relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; quando uma empresa é contratada para fiscalizar o serviço prestado por outra, cujos sócios sejam os mesmos;

a.1) na análise constante do processo que resultou no Acórdão 297/2009 consta o entendimento de que não se pode presumir a fraude. Esta tem de ficar caracterizada no caso concreto. E também o entendimento de que o que importa é que as duas empresas atuem como entidades independentes, as duas realmente existindo e com faturamento próprio. O princípio da independência da pessoa jurídica em relação às pessoas de seus sócios faz com que a simples existência de sócios em comum não caracterize por si só um conluio, segundo a citada análise.

a.2) o julgamento do TCU foi no sentido de que, fora daqueles quatro casos listados no item 19 “a”, não se pode presumir a fraude. Esta tem de estar caracterizada no caso concreto. Mas o Acórdão citado não afirma que se deve presumir a licitude do certame independente das evidências em contrário. Um certame com participação de empresas com sócios em comum pode, efetivamente, ser viciado. Apenas isso deve estar caracterizado nos autos do processo;

a.3) o fato de um certame ser da modalidade pregão eletrônico não o torna por si só isento da possibilidade de conluio entre os participantes;

7.36. Em relação aos demais argumentos apresentados por essa recorrente, aplicam-se a ela as considerações acima expendidas quanto aos demais recorrentes no sentido de não conseguirem descaracterizar os indícios de fraude e/o conluio apontados pela equipe de auditoria deste Tribunal.

7.37. Desta forma, as razões recursais examinadas não merecem acolhimento.

7.38. Quanto ao pedido de parcelamento da multa formulado pela Sra. Maria Cleide da Silva Ribeiro, entende-se que nada obsta o deferimento do pedido, devendo, assim, constar da deliberação que vier a ser proferida autorização específica nesse sentido, conforme os arts. 26 da Lei 8.443/1992 e 217 do Regimento interno do TCU.

CONCLUSÃO

8. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) restou demonstrada a legitimidade passiva da ex-Prefeita, Sra. Marilene Campelo Nogueira, para figurar na presente relação processual, uma vez que, consoante a jurisprudência deste Tribunal, a delegação de competência não afasta a responsabilidade da autoridade delegante, além do que, no exercício da supervisão hierárquica, fálhou a responsável na fiscalização da atuação dos seus subordinados;

b) não restou configurada a ocorrência de **bis in idem** alegada pela recorrente Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite, ex-Secretária Municipal de Educação, pois as irregularidades que motivaram a sanção dos respectivos responsáveis no âmbito do TC 023.423/2012-9 trataram de fatos distintos aos que discutidos nos presentes autos, ou seja, fraude e/ou conluio nas licitações realizadas para contratação de serviços de transporte escolar;

c) do mesmo modo, não restou configurada a ocorrência de prescrição alegada pela recorrente anteriormente mencionada, vez que, consoante o entendimento firmado no Acórdão 1.446/2016 – Plenário (Relator Min. Benjamin Zymler), a prescrição da pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição disposto no Código Civil (dez anos), de modo que os fatos apurados nos autos, ocorridos nos anos de 2009, 2010 e 2011, encontram-se dentro do referido prazo prescricional;

d) não restaram descaracterizados pelos recorrentes os inúmeros indícios de fraude e/ou conluio detectados pela equipe de auditoria deste Tribunal, sendo que os elementos constantes dos autos indicam que, sem a conivência ou a participação dos agentes municipais, as empresas licitantes não poderiam ter praticado as irregularidades.

8.1. Com base nessas conclusões, propõe-se conhecer dos recursos interpostos por Clésio Wagner da Rocha Marinho, Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite e Marilene Campelo Nogueira contra o Acórdão 111/2015 – Plenário, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo-se inalterada a deliberação recorrida por lídimos os seus fundamentos.

8.2. Outrossim, cabe autorizar, caso requerido, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, na forma que prescreve o art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 217 do RITCU.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Diante do exposto, propõe-se:

a) com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, conhecer dos recursos interpostos por Clésio Wagner da Rocha Marinho, Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite, e Marilene Campelo Nogueira para, no mérito, negar-lhes provimento;

b) autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas constantes do Acórdão 111/2015 – Plenário em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão a atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo ao responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;



c) dar ciência da deliberação aos recorrentes e aos órgãos e entidades especificadas no subitem 9.6 do acórdão recorrido.

À consideração superior, para posterior encaminhamento ao Gabinete do Ministro Bruno Dantas, Relator dos recursos em apreço.

TCU/Secretaria de Recursos, em 28/6/2017.

Danilo Rodrigues Romero

AUFC –Mat. 4231-5