

Proc. TC 023.423/2012-9
Tomada de Contas Especial

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator

Trata-se de tomada de contas especial instaurada por força do item 9.1 do Acórdão 4.270/2012 – 1ª. Câmara (retificado pelo Acórdão 6.662/2012 – 2ª. Câmara), em razão de irregularidades verificadas em auditoria promovida pela Secex-CE (TC 007.132/2011-5) junto à Prefeitura Municipal de Aracoiaba/CE, envolvendo a aplicação dos recursos repassados àquela municipalidade, nos exercícios de 2009 a 2011, no âmbito do Programa Nacional de Transporte Escolar - Pnate (peças 1-3 e 37).

Por meio do mencionado acórdão, o Tribunal determinou, entre outras providências, a realização da citação das Sras. Marilene Campelo Nogueira (então Prefeita Municipal) e Maria Cleide da Silva Ribeiro Leite (ex-Secretária Municipal de Educação), solidariamente às empresas que foram contratadas pelo município para a prestação de serviço de transporte escolar naqueles exercícios (S.C Serviços e Locações de Veículos Ltda., R3 Serviços e Locação de Veículos Ltda. e Cotec Construção, Transporte e Tecnologia Ltda. ME, doravante denominadas S.C, R3 e Cotec), em razão da ocorrência de sobrepreço na contratação.

Foi determinado, ainda, ouvir em audiência as referidas gestoras para que apresentassem razões de justificativa para as seguintes ocorrências:

- a) ausência de providências em relação à prestação de serviços de transporte escolar no município por meio de motoristas sem habilitação específica e de veículos em condições precárias de uso (veículos com janelas sem vidro, com elevado tempo de uso, sem equipamentos de segurança, danificados, etc.);
- b) ausência de providências em relação à subcontratação integral de contrato de prestação de serviço de transporte escolar, por parte das empresas S.C. Serviços e Locação de Veículos Ltda., R3 Serviços e Locação de Veículos Ltda. e Cotec Construção e Transporte e Tecnologia Ltda. ME (respectivamente nos exercícios de 2009, 2010 e 2011), em descumprimento aos arts. 37 da CF/1988, *caput*, art. 3º, art. 72 e 78, inciso VI, da Lei de Licitações.

Promovidas as pertinentes notificações (peças 5-13, 25-27, 33, 35-36), a Sra. Marilene Campelo Nogueira apresentou suas alegações de defesa e razões de justificativa às peças 31 e 32, respectivamente. A Sra. Maria Cleide Leite ofereceu sua defesa apenas quanto à audiência (peça 34), configurando sua revelia quanto à citação.

Das empresas citadas, apenas a R3 e a Cotec apresentaram suas alegações de defesa, por meio de seu representante legal comum, Sr. José Glauco de Lima Freitas (peças 28-29). A empresa S.C, nada obstante tenha solicitado prorrogação do prazo para o oferecimento de sua defesa (peças 16-17 e 22), não compareceu novamente aos autos, evidenciando, portanto, sua revelia.

Em essência, foram apresentados os seguintes argumentos:

- pela Sra. Marilene Campelo Nogueira (peças 31-32):

- a) em razão da Lei Municipal 861, de 20/5/2005 (Lei de Descentralização Administrativa das Contas de Gestão e das Contas de Governo – peça 31, p. 7-9), foi delegada aos respectivos secretários municipais a responsabilidade pelos atos de gestão praticados, especialmente os de ordenação de despesa. Tendo em vista que, em consonância com esse normativo, a contratação dos serviços de transporte escolar foi promovida pela Secretária Municipal de Educação, a então Prefeita Municipal não teria nenhuma ingerência sobre a questão apurada nestes autos;
- b) o atual gestor da Secretaria Municipal de Educação (que é, por sinal, filho da responsável – peça 60) estaria adotando todas as providências cabíveis para solucionar os problemas identificados na prestação dos serviços (declaração à peça 31, p. 10);
- c) com relação à execução dos serviços de transporte por terceiros, nos termos do art. 72 c/c com o art. 78, inciso VI, da Lei de Licitações, não haveria impedimento à subcontratação total ou parcial do objeto contratado, desde que previstas e reguladas no edital e no contrato, até o quantitativo admitido pelo contratante. Isso porque o contrato administrativo é pessoal, sem ser personalíssimo, permitindo a lei que “excepcionalmente, a contratada transfira ou ceda a terceiros, a execução do objeto, dada a concentração, racionalização e especialização de atividades”;
- d) ademais, a contratada responde perante a contratante pela execução total do objeto contratado e não há qualquer relação entre a contratante e a subcontratada, de modo que, também pelos autos ou omissões desta, ela é plenamente responsável;
- e) o sobrepreço não teria ocorrido, conforme as planilhas de composição de custos elaboradas pelas empresas contratadas (peça 32, p. 5-7).
- pela Sra. Maria Cleide Leite (peça 34):
 - a) após a detecção dos problemas elencados pela equipe de fiscalização, teriam sido adotadas todas as providências no sentido de dirimi-los, sendo sanada a situação durante o período em que esteve à frente da secretaria municipal. Uma das providências teria sido a substituição dos veículos com elevado tempo de uso por ônibus escolares do Programa Caminho da Escola/FNDE (aquisição de três veículos – peça 34, p. 6-12). Ademais, teria sido realizada uma inspeção em todos os veículos, bem como em sua documentação legal;
 - b) quanto à subcontratação, a defesa é idêntica à oferecida pela Sra. Marilene Nogueira.
- pelas empresas R3 e Cotec (peças 28-29):
 - a) a contratação foi precedida do devido procedimento licitatório (pregão presencial), cuja legislação requer ampla publicação, o que teria ocorrido no caso;
 - b) o ato convocatório silenciaria quanto à “vedação ou a possibilidade de subcontratação”. Em consonância com a jurisprudência do Tribunal (Acórdão 5.532/2010 – 1ª Câmara), a subcontratação só estaria “vedada se houver previsão editalícia proibindo tal mester (sic), o que não é o caso”;
 - c) as propostas de preços apresentadas incluiriam a tributação e encargos decorrentes de lei, os custos dos veículos, bem assim do gerenciamento do contrato e fiscalização dos serviços, encontrando-se de acordo com os preços praticados no mercado;
 - d) os cálculos empreendidos para apuração do débito estariam equivocados, visto não terem sido considerados os “encargos, impostos, tributos e despesas obrigatórias por força de lei a qualquer pessoa jurídica devidamente constituída”, sendo procedido, apenas, o abatimento dos valores pagos aos proprietários dos veículos;
 - e) no caso da empresa R3, se considerados tais recolhimentos, restaria tão somente o valor de R\$ 31.505,01 (levando em conta apenas os valores das notas fiscais constantes da peça 51 – R\$ 511.930,91), o qual corresponderia à taxa de

administração/lucro da empresa (cerca de 6,5%), erroneamente considerada como sobrepreço;

f) no caso da empresa Cotec, restaria apenas o valor de R\$ 7.429,35, equivalente à taxa de administração/lucro da empresa (aproximadamente 6%), indevidamente tida como sobrepreço.

g) os serviços foram realizados a contento.

As defesas foram devidamente analisadas pela Secex-CE, a qual, basicamente, propôs (peça 65):

a) rejeitar as alegações de defesa da Sra. Marilene Campelo Nogueira e das empresas R3 e Cotec;

b) rejeitar as razões de justificativa das Sras. Marilene Campelo Nogueira e Maria Cleide Leite, aplicando-lhes a multa prevista no art. 58, inciso III, da Lei 8.443/1992;

c) julgar irregulares as contas das Sras. Marilene Campelo Nogueira e Maria Cleide Leite, condenando-as, solidariamente às empresas S.C. Serviços de Locação de Veículos Ltda., R3 Serviços e Locação de Veículos Ltda. e Cotec Construção Transporte e Tecnologia Ltda. ME, à restituição dos débitos apurados nestes autos.

**

À semelhança da Secex-CE, considero que não há como se acolher as razões de justificativa oferecidas pelas Sras. Marilene Campelo Nogueira e Maria Cleide Leite.

Em sua defesa, a Sra. Marilene Campelo Nogueira procurou se eximir de sua responsabilidade, fundamentando-se em delegação de competência estabelecida por lei municipal.

Embora a responsável não tenha apresentado o documento de delegação requerido pelo art. 2º daquele normativo (peça 31, p. 7), com efeito, a condução dos processos licitatórios e a celebração dos correspondentes contratos foram promovidas pela Sra. Maria Cleide Leite (peças 40-42). Da mesma forma, a prestação dos serviços foi atestada pela então Secretária Municipal de Educação, na qualidade de ordenadora de despesas (peças 50-52).

No entanto, como bem ressaltado pela unidade técnica, o entendimento do Tribunal é no sentido de que a delegação de competência não exclui a responsabilidade da autoridade delegante, “devendo responder pelos atos inquinados tanto a pessoa delegante quanto a pessoa delegada, consoante a responsabilidade de cada uma”.

Ademais, a Sra. Marilene Campelo Nogueira não foi ouvida em audiência, nestes autos, por irregularidades na realização dos certames que culminaram na contratação das empresas S.C, R3 e Cotec ou pela ordenação de despesas. Como bem evidenciado no Relatório que conduziu o Acórdão 4.270/2012 – 1ª. Câmara, a prefeita foi ouvida por não ter exercido o poder dever de acompanhar a atuação da Secretária Municipal de Educação, de sorte a garantir a qualidade dos serviços de transporte escolar, em relação aos quais era corresponsável.

Insta destacar, ainda, que, no caso específico, a responsável, na condição de Prefeita Municipal de Aracoiaba/CE, esteve presente, juntamente com a ex-Secretária Municipal de Educação, em várias reuniões promovidas com os motoristas das conduções escolares, conforme documentação acostada à peça 38, não havendo como alegar desconhecimento das precárias condições sob as quais se dava o transporte escolar das crianças do município e da efetiva subcontratação dos serviços.

A esse respeito, não é demais ressaltar que, nos três exercícios examinados, apesar de terem sido contratadas empresas, em princípio, distintas, os proprietários/condutores dos veículos utilizados no transporte escolar eram, basicamente, os mesmos (peça 39), funcionando as pessoas jurídicas apenas como “agenciadoras” das pessoas físicas que efetivamente prestavam os serviços contratados, mas que, ao que parece, não atenderiam aos requisitos de habilitação/qualificação exigidos no edital e na Lei de Licitações (peças 46-48).

As responsáveis procuraram, ainda, por meio de declarações, asseverar que providências foram ou estão sendo adotadas para solução dos problemas verificados na prestação

dos serviços (condutores sem habilitação/veículos inadequados à finalidade de transporte escolar), sem apresentar, contudo, qualquer prova concreta nesse sentido.

Como bem demonstrado pela unidade técnica, nem mesmo os três veículos cuja documentação foi apresentada pela ex-Secretária Municipal sanariam a irregularidade, considerando o universo de veículos utilizados no transporte (mais de duas dezenas) e que a aquisição dos veículos se deu anteriormente à auditoria promovida pelo Tribunal, e não em razão da fiscalização.

De mais a mais, caberia às empresas contratadas, e não à Prefeitura Municipal, a disponibilização dos veículos que seriam utilizados no transporte escolar (peça 40, p. 17), sendo obrigação da contratada o fornecimento de veículos “em bom estado de conservação e uso (...) adaptados para maior segurança no transporte dos alunos, com bancos, coberta e proteções nas laterais” (peças 40, p. 30, 41, p. 32, e 42, p. 27).

Seria, ainda, obrigação da contratada “manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação” (peças 40, p. 40 e 215, 41, p. 43 e 205, 42, p. 38), o que não se verificou no caso.

As responsáveis também não lograram afastar a irregularidade atinente às subcontratações, visto que se deram em evidente descumprimento ao que dispunham os respectivos editais e contratos celebrados. Conforme o edital (peças 40, p. 40, 41, p. 43, 42, p. 38) e o termo do contrato celebrado com as referidas empresas (peças 40, p. 215, 41, p. 205), “o contratado, na execução do contrato, (...) não poderá subcontratar partes do contrato sem a expressa autorização da Administração”. A despeito da inexistência dessa autorização, todas as empresas subcontrataram integralmente os serviços com diversos particulares, sem que as responsáveis adotassem quaisquer providências a respeito.

Tal medida, inclusive, como salientado pela unidade técnica, não encontra guarida na jurisprudência do Tribunal, a exemplo dos Acórdãos Plenários 420/2002, 396/2003 e 1.282/2005 e dos Acórdãos 1.428/2003 – 2ª. Câmara. Por esclarecedor, reproduzo trecho do Voto Condutor do Acórdão 396/2003 - Plenário, da lavra do Exmo. Ministro Benjamin Zymler:

34. Observe-se, a esse respeito, que a figura da sub-rogação no âmbito do contrato administrativo foi objeto de restrição por parte deste Tribunal, uma vez que afasta a contratada do liame contratual.

35. Nesta linha, o Tribunal firmou entendimento acerca da interpretação que se mostra adequada aos arts. 72 e 78, VI, da Lei nº 8.666/93, em face dos princípios constitucionais da moralidade, da eficiência, da supremacia do interesse público e, ainda, do dever geral de licitar. Na oportunidade, conforme sugerido pelo nobre Ministro Augusto Sherman, o Tribunal decidiu:

“.....
8.5 - firmar o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição Federal) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93;

.....”
36. Sua Excelência demonstrou em julgados deste Tribunal que “a sub-rogação contratual, apesar de condenada com veemência pelos princípios constitucionais já referidos, e proibida pela legislação vigente, (...), vem sendo adotada e disseminada ao fundamento propiciado pela interpretação literal e isolada do art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93.”

37. A tese sustentada pelo Ministro Augusto Sherman foi consagrada por este Pleno com o acolhimento integral deste Relator. Peço licença à Sua Excelência para reproduzir excerto de seu Voto, no qual reside sua síntese, *verbis*:

“.....”

À exceção da subcontratação, os demais movimentos contratuais indicados no inciso VI do art. 78 (cessão, transferência, fusão, cisão e incorporação) não podem ser adotados, eis que isentam a contratada da sua posição de única e plena responsável perante a administração quanto às relações jurídicas emergentes do contrato.

31. Aliás, conforme já sustentado, mesmo a subcontratação só encontra amparo nas hipóteses estritas e necessariamente parciais custodiadas por previsões editalícia e contratual. Essa também é a posição de Toshio Mukai, citado no relatório precedente:

“A Administração tem a faculdade de autorizar a subcontratação de obra, serviço ou fornecimento, em parte, nunca total (a despeito do que possa parecer, pelo inciso VI do art. 78), desde que tal possibilidade esteja prevista o edital e no contrato. Mesmo em relação às partes subcontratadas, o contratado permanece com suas responsabilidades perante a Administração (art. 72).”

32. A conclusão, que se faz imperativa, é que, de todas as espécies mencionadas no art. 78, inciso VI, a única permitida à luz da interpretação sistemática é a subcontratação de parte do objeto contratado. Qualquer outra forma que transfira, junto com a parcela subcontratada, as responsabilidades pela execução do objeto, é repelida.

33. Entendimento contrário - admitir-se a transferência de parte do objeto inicialmente contratado juntamente com as responsabilidades contratuais, direitos e obrigações - cederia espaço à contratação direta. E, esse movimento representa fraude direta à ordem constitucional positiva e à legislação infraconstitucional no que toca ao dever de licitar.

34. Essa situação seria veiculadora, ainda, de iminente risco para a Administração, já que a empresa subcontratada, por ser escolhida pela Contratada, não sofreria, necessariamente, análise dos critérios exigidos para contratação com o Poder Público, como, por exemplo, idoneidade, qualificações técnica e econômico-financeira, habilitação jurídica e, entre outros, regularidade fiscal.

35. O resultado lógico-jurídico a que se chega a partir da análise desse quadro não admite, a toda evidência, que seja tolerada a substituição da figura da contratada quanto às responsabilidades que emergem do contrato ou mesmo a divisão, de forma solidária, dessas responsabilidades. (grifei)

Não é demais salientar que, apesar de as responsáveis afirmarem a ausência de qualquer relação entre a contratante e as subcontratadas, o que ocorria de fato era o relacionamento direto entre aquelas gestoras e os motoristas subcontratados, conforme registrado à peça 38, já referenciada.

Ante o relatado, posiciono-me, em consonância com a Secex-CE, pela rejeição das razões de justificativa oferecidas pelas defendentes.

No tocante às citações, alinho-me igualmente à unidade técnica, no sentido do não acolhimento das alegações de defesa oferecidas, tendo em vista:

- a) a vedação de subcontratação contida nos editais e nos respectivos contratos celebrados com as empresas S.C, R3 e Cotec, já tratada neste parecer;
- b) os diversos indícios de fraude e/ou conluio entre os licitantes verificados nos procedimentos licitatórios, que estão sendo apurados no TC 07.132/2011-5 (vide peça 2, destes autos);
- c) não ser possível considerar a prestação dos serviços de transporte escolar, nos moldes realizados, como tendo sido “a contento”. Breve observação do relatório fotográfico juntado aos autos (peça 45) permite constatar as desumanas condições sob as quais as crianças do município eram transportadas;
- d) que o *decisum* referenciado pelas empresas R3 e Cotec não se aplica ao caso ora analisado: por um lado, por tratar de subcontratação parcial, a qual, como visto, é admitida pela jurisprudência do Tribunal. Por outro, por partir do pressuposto de que **não há** expressa vedação à subcontratação no edital ou no contrato, situação que diverge da ora analisada.

Com relação aos memoriais de cálculo oferecidos pelas empresas em suas defesas (peças 28, p. 7, e 29, p. 7), entendo necessárias algumas observações.

A empresa R3, especificamente, apresentou memorial de cálculo onde registrou o valor total das notas fiscais emitidas como sendo de R\$ 511.930,91. Tais documentos fiscais teriam as seguintes numerações: 38 (6/4/2010), 8 (5/5/2010), 22 (4/6/2010), 36 (6/7/2010), 79 (10/9/2010), 96 (7/10/2010), 107 (4/11/2010) e 130 (7/12/2010). Essas, inclusive, são as notas fiscais que se encontram à peça 51, mencionada pela Secex-CE.

Os demais documentos fiscais indicados na tabela de apuração do débito à peça 56, quais sejam, 35 (R\$ 18.565,57, de 6/7/2010), 78 (R\$ 44.218,62, de 13/9/2010) e 126-129 (R\$ 22.400,00, de 28/12/2010), são mencionados apenas na prestação de contas encaminhada ao FNDE pela prefeitura (Relação de Pagamentos à peça 44, 4-5; transferências *on line* constantes dos extratos bancários, peça 44, p. 20, 24 e 30), não havendo, nos autos, cópia dessas notas fiscais.

À primeira vista, então, pareceria não ser possível afirmar que esses valores foram efetivamente pagos à R3.

Todavia, embora não haja explícita identificação do beneficiário dessas transferências *on line* nos extratos bancários, há a indicação do **mesmo número** de documento (553.302.000.037.896) para **todos** os pagamentos, embasados, ou não, em nota fiscal.

Esse número, inclusive, consta dos comprovantes de transferência que integram todos processos de pagamento à peça 51, que tiveram por beneficiário a empresa R3, sendo a numeração da agência “3302” (em Maracanaú/CE, conforme informação obtida no site do Banco do Brasil) e a conta corrente “37.896”. Portanto, indevida a desconsideração desses valores tal como pretendido pela R3.

A empresa Cotec, por sua vez, indicou, em seu memorial de cálculo, a percepção de apenas dois pagamentos, referentes às notas fiscais 273 (R\$ 60.735,46) e 292 (R\$ 60.049,78). Todavia, a defendente omitiu a informação pertinente à nota fiscal 263 (R\$ 65.449,41), que se encontra à peça 52, p. 1-4, cujo pagamento foi efetuado, também por transferência bancária, para a conta “36.839” (agência “3302”), na qual foram depositados os outros dois pagamentos. Assim, resta incorreto o cálculo empreendido pela defendente.

Observo que os memoriais de cálculo apresentados pelas empresas contêm, ainda, pequena divergência em relação ao custo dos veículos adotado pela Secex-CE, diferença essa que, da mesma forma, não desqualifica a apuração empreendida pela unidade técnica.

Com efeito, a equipe de auditoria fundamentou o seu cálculo nos valores contratados junto aos proprietários/condutores dos veículos, devidamente demonstrados nos autos (peças 46-49 e 53-58). As empresas, por sua vez, apresentam supostos comprovantes de medições da execução dos serviços, os quais, no entanto, carecem de força probatória, em face da inexistência de qualquer indicação da veracidade das informações neles acostadas.

Ressalto, ainda, que, pelas próprias condições sob as quais os contratos foram executados, não haveria que se falar nas alegadas despesas de gerenciamento e fiscalização: as empresas contratadas não dispunham de empregados (peças 61-62 e 64), não acompanhavam a execução dos serviços, havendo, em verdade, relacionamento direto entre a Secretaria Municipal de Educação e os motoristas subcontratados. Representativa dessa relação direta é a Cláusula Décima dos contratos de locação celebrados entre a R3 e a Cotec e os motoristas/proprietários dos veículos:

Cláusula Décima: Caberá ao município aplicar penalidade ao CONTRATADO, como descontos mediante as faltas.

Por fim, quanto aos alegados tributos, os responsáveis não lograram comprovar o seu efetivo recolhimento.

Entendo relevante registrar, a esse respeito, que, por meio dos contratos de sublocação efetuados pela empresa S.C., foram transferidas aos motoristas/proprietários subcontratados as obrigações de arcar com “todas as despesas diretas e indiretamente geradas por seu veículo, tais como: combustível, motorista, manutenção preventiva e corretiva do veículo, licenciamento, **IPVA**, alvará e etc”, além de “todos os ônus oriundos dos encargos dos serviços **quer de natureza fiscal**, trabalhista ou previdenciária, tais como INSS, **IRPF e ISS**” (peças 46 e 49).

No caso dos contratos de locação celebrados pela R3 e a Cotec, ficaram a cargo dos subcontratados a manutenção e a regularidade documental dos automóveis, sendo observado o “regime tributário estabelecido por este tipo de contratação [locação]” (peças 47 e 48).

A par do explanado, entendo infundadas as alegações quanto à existência de erro no cálculo que indicou a ocorrência de sobrepreço nos contratos celebrados com a R3 e a Cotec.

Nada obstante concorde integralmente com a análise empreendida pela Secex-CE, divirjo, em parte, do encaminhamento sugerido. Como mencionei, a unidade técnica propôs a aplicação de multa apenas às Sras. Marilene Campelo Nogueira e Maria Cleide Leite, com fundamento no art. 58, **inciso III**, da Lei Orgânica do TCU, em razão da rejeição das razões de justificativa. Considero que, no caso, seria mais adequada a fundamentação **no inciso II** daquele dispositivo.

Julgo, ainda, que deva ser também proposta a aplicação a todos os responsáveis (gestoras e empresas contratadas) da multa prevista no art. 57, da Lei 8.443/1992, tendo em vista a imputação de débito.

Em face do exposto, manifestando-me parcialmente de acordo com a proposta de encaminhamento alvitrada pela unidade técnica, proponho, essencialmente:

- a) considerar revéis, quanto à citação, a Sra. Maria Cleide Leite e a empresa S.C. Serviços e Locações de Veículos Ltda.;
- b) rejeitar as alegações de defesa da Sra. Marilene Campelo Nogueira e das empresas R3 e Cotec;
- c) rejeitar as razões de justificativa das Sras. Marilene Campelo Nogueira e Maria Cleide Leite, aplicando-lhes a multa preconizada no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992;
- d) julgar irregulares as contas das Sras. Marilene Campelo Nogueira e Maria Cleide Leite, condenando-as, solidariamente às empresas S.C. Serviços de Locação de Veículos Ltda., R3 Serviços e Locação de Veículos Ltda. e Cotec Construção Transporte e Tecnologia Ltda. ME, à restituição dos débitos apurados nestes autos, sem prejuízo da aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

Ministério Público, em 27 de junho de 2013.

Lucas Rocha Furtado
Procurador-Geral