

VOTO

Trata-se de tomada de contas especial decorrente da conversão de processo de auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Itapiúna/CE, cujo objetivo foi verificar a regularidade da aplicação de recursos federais repassados, nos exercícios de 2009 e 2010, por intermédio dos programas Pnae, Pnate, PSF, Bolsa Família e de transferências voluntárias.

2. Por meio do Acórdão 983/2012 - Plenário, o Tribunal determinou a instauração de dois processos apartados de tomada de contas especial, um relativo aos débitos decorrentes do contrato firmado com a empresa Factorial Construção e Serviços Ltda. e o outro relativo à empresa Jequitibá Construções e Serviços Ltda., objetivando a apuração do dano ao erário decorrente do sobrepreço na contratação de serviços de transporte escolar, integralmente subcontratado. Promoveu-se, assim, a citação solidária dos ex-prefeitos, Srs. Felisberto Clementino Ferreira (de 1/1/2009 a 18/3/2010) e Atila Martins de Medeiros (de 19/3/2010 a 9/10/2010), do ex-Secretário Municipal de Educação Básica, Sr. Francisco Elício Cavalcante Abreu, e das empresas contratadas.

3. Além disso, referida deliberação determinou a promoção de audiências dos gestores, em decorrência da subcontratação integral dos serviços de transporte escolar, do não cumprimento pelas empresas contratadas das exigências previstas no Código de Trânsito Brasileiro e nos normativos do Pnate, bem como em razão de pagamento antecipado em aquisição de merenda escolar. As razões de justificativa apresentadas naqueles autos (TC-003.261/2011-5) foram rejeitadas e os responsáveis multados em R\$ 5.000,00, nos termos do Acórdão 358/2015 - Plenário.

4. O processo autuado para apurar o débito da empresa Jequitibá Construções e Serviços Ltda. (TC-013.143/2012-3) já foi apreciado por esta Corte, consoante Acórdão 3119/2015 - 1ª Câmara, por meio do qual se julgou regulares com ressalva as contas dos responsáveis, fundamentado, essencialmente, na baixíssima materialidade do eventual dano:

“12. À vista das análises procedidas pelo Secretário, há que se admitir que o débito, se efetivamente existente, apresenta baixíssima materialidade, considerando a pequena parcela de recursos federais aplicados no transporte escolar do município e a proximidade entre os valores pagos pela prefeitura e aqueles praticados em condições de contratação normais. Caso se prosseguisse nos cálculos, certamente se chegaria a um valor significativamente inferior aos R\$ 41.035,54 mencionados na citação dos responsáveis.”

5. Em exame, portanto, nos presentes autos as alegações de defesa apresentadas pelos seguintes responsáveis, citados em solidariedade com a Factorial Construção e Serviços Ltda., a qual se manteve inerte:

- a) Felisberto Clementino Ferreira e Francisco Elício Cavalcante Abreu (R\$ 57.264,29);
- b) Atila Martins de Medeiros e Francisco Elício Cavalcante Abreu (R\$ 87.692,25).

6. O auditor da Secex/CE, com a concordância do Diretor e do Ministério Público, sugere rejeitar as alegações oferecidas, uma vez que a subcontratação, além de ilegal, gerou débito, correspondente à diferença entre o valor pago pela prefeitura às empresas contratadas e o montante por elas repassado aos efetivos prestadores de serviço. Diante disso, a proposta é de julgar irregulares as contas dos responsáveis, condenando-os em solidariedade à empresa, com aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

7. Já o Secretário divergiu do encaminhamento no que se refere ao débito. Para o titular da unidade técnica, devido a dificuldades de se chegar à real quantificação do dano a ser imputado, os excessos detectados no contrato com a Factorial devem ser punidos com multa, sem débito, mantendo-se porém a irregularidade das contas.

8. Manifesto-me de acordo com o encaminhamento sugerido pelo Secretário, adotando, de todo modo, a análise das alegações de defesa empreendida na instrução do auditor como parte das minhas razões de decidir.

9. A ilegalidade da subcontratação integral, como ocorreu, é matéria pacífica no âmbito desta Corte, uma vez que macula o processo licitatório, por desconfigurar o método de escolha da proposta mais vantajosa para a administração. No caso concreto, conforme constatado na auditoria, a empresa vencedora do certame não possuía sequer um único veículo ou funcionário envolvido na prestação do serviço, tendo o transporte sido inteiramente realizado por particulares em veículos próprios.

10. Em suas defesas, de semelhante teor, os responsáveis apenas negam a ocorrência da subcontratação e afirmam que foi a empresa quem executou diretamente os serviços, embora tenha sido necessário contratar alguns veículos e motoristas para atender a demanda do município, o que não interferiu na qualidade dos serviços prestados.

11. Ora, o objeto do contrato firmado entre a prefeitura e a Factorial era justamente a contratação de serviço de locação de veículos, não tendo os responsáveis demonstrado que a empresa tinha condições de prestar os serviços diretamente. Ademais, a locação de veículos pela Factorial a um custo bem menor do que valor pago pela prefeitura evidencia o prejuízo aos cofres públicos.

12. Assim, não procedem as alegações oferecidas, como também a tentativa de demonstrar que a locação de veículos pela empresa não interferiu na qualidade dos serviços, conforme registrei no voto condutor do já mencionado Acórdão 358/2015 - Plenário, por meio do qual os responsáveis foram multados em decorrência da subcontratação integral dos serviços de transporte escolar e do não cumprimento pelas empresas contratadas das exigências previstas no Código de Trânsito Brasileiro:

“5. Com efeito, não há como justificar a subcontratação integral dos serviços de transporte escolar, visto que tal prática é vedada pela Lei de Licitações. Restou também não elidida a irregularidade atinente à má qualidade dos serviços prestados pelos subcontratados. Conforme já consignado na Proposta de Deliberação condutora do Acórdão 983/2012-TCU-Plenário, os veículos que prestavam serviços de transporte escolar no Município de Itapiúna/CE eram inadequados, comprometendo o atendimento dos requisitos legais para a condução dos alunos, pois não possuíam os equipamentos obrigatórios, como o cinto de segurança, além de não serem realizadas inspeções semestrais na forma preconizada nas Normas de Trânsito. As irregularidades também atingiam os condutores dos veículos, os quais, em muitos casos, não preenchiam os requisitos mínimos para realizarem o transporte de alunos.”

13. No que se refere ao débito, de acordo com a metodologia adotada pelo Secretário, “a análise dos percentuais de retenção praticados pela Factorial revela claras características de lesividade. O percentual médio é de 149%, ou seja, a contratada ficava, em média, com mais de uma vez e meia a remuneração repassada aos prestadores particulares.”

14. Nada obstante, adoto o posicionamento por mim defendido no Acórdão 2699/2013 - Plenário, confirmado pelos Acórdãos 1023/2015 (Recurso de Reconsideração) e 1518/2015 (Embargos de Declaração), ambos do Plenário, no sentido de que, embora não haja dúvidas em relação à existência do débito, não é viável, com base nos elementos presentes nos autos, sua quantificação, ainda que por estimativa.

15. As irregularidades ora analisadas se repetiram em outros processos relativos a auditorias realizadas em municípios do Ceará, tendo os acórdãos proferidos refletido posicionamentos diversos, em razão das características pontuais, que são determinantes na formação de juízo quanto à necessidade de devolução de valores ou de apenação dos responsáveis.

16. Na presente situação, pondero que não há nos autos elementos que permitam a apuração do débito da forma que julgo apropriada, por meio da confrontação dos preços praticados com os de mercado, levando-se em conta uma contratação parâmetro, sem intermediação. Nem mesmo os responsáveis, que alegaram que não houve sobrepreço, lograram comprovar que os preços estavam compatíveis com o mercado.

17. Foram esses os fundamentos adotados pelo Plenário por ocasião da prolação do citado Acórdão 2699/2013:

“29. Entretanto, levo em consideração duas outras ponderações efetuadas pelo Ministério Público/TCU e transcritas a seguir, para fins de afastar a condenação em débito dos responsáveis, as quais podem ser conjugadas com as considerações que fiz retro:

29.1 - ‘mesmo que se pudesse aventar a possibilidade de adotar uma avaliação estimativa para o débito com fundamento nas disposições do art. 210, § 1º, inciso II, do Regimento Interno/TCU, o procedimento resultaria insuscetível de concretização na situação vertente ante a indisponibilidade, nos autos, de meios confiáveis para avaliar os preços de mercado dos serviços de transporte escolar’; e

29.2 - ‘sob outra perspectiva, seria também contrário à economia processual e à racionalidade administrativa dar continuidade ao processo para avaliar os preços de mercado dos serviços à época’.

30. Foram semelhantes ponderações que conduziram ao não aprofundamento do exame apuratório do débito por parte do titular da unidade técnica, o qual concluiu:

‘3. Não sendo o caso de suscitar o pronunciamento da secretaria especializada competente acerca do percentual de referência a ser considerado em contratos do tipo, pelo baixo valor da contratação, e mesmo do valor do débito que resultaria ao final, entendo que o encaminhamento mais consentâneo com a espécie seria manter a irregularidade das contas, mas aplicar apenas a multa do art. 58 da Lei 8.443/1992, consoante previsto no art. 210, § 2º, do RI/TCU.’

31. Logo, além da subcontratação integral, entendo, a partir dos elementos que se encontram dispostos nestes autos, que houve, efetivamente, dano, dada a antieconomicidade da contratação, só não tendo sido possível o levantamento preciso dos valores.”

18. Diante da não supressão da irregularidade e da inviável quantificação do dano, penso ser adequada a proposição de julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis, com aplicação de sanção. Nessa linha, observo que o art. 19, parágrafo único, da Lei 8.443/1992 dispõe que “não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, desta lei”. Logo, neste caso, o fundamento legal para sanção, e que absorve as situações elencadas na alínea “b” (prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial) e na alínea “c” (dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico), quando não imputada condenação em débito, é o inciso I do art. 58 da LO/TCU.

19. Ressalto, a propósito, a distinção entre a multa ora proposta, a ser aplicada em razão da irregularidade objeto da citação (sobrepço na contratação de serviços de transporte escolar), e a penalidade imputada por meio do Acórdão 358/2015 - Plenário, em decorrência das irregularidades constantes das audiências promovidas (subcontratação integral dos serviços de transporte escolar, não cumprimento pelas empresas contratadas das exigências previstas no Código de Trânsito Brasileiro e nos normativos do Pnate, bem como pagamento antecipado em aquisição de merenda escolar). Tratando-se, portanto, de fatos distintos, regular a aplicação das sanções, sem incorrer em *bis in idem*.

20. Registro, ainda, a diferença entre os presentes autos, cujo sobrepço calculado pelo Secretário seria em média de 149%, e o processo que apurou as ocorrências relativas à empresa Jequitibá Construções e Serviços Ltda. (TC-013.143/2012-3), em que foi apontada a baixíssima materialidade do eventual débito, o que fundamentou, naquele caso, o julgamento das contas pela regularidade com ressalva, consoante Acórdão 3119/2015 - 1ª Câmara.

21. Nesse sentido, reforço minha convicção quanto à existência de dano, o qual, contudo, não pode ser calculado, no meu entender, meramente pela diferença entre o valor pago pela prefeitura às empresas contratadas e o montante por elas repassado aos efetivos prestadores de serviço, como pretendeu o auditor da Secex/CE, com a concordância do Diretor e do Ministério Público; tampouco adotando-se como referência a composição dos preços dos serviços de transporte escolar retirada de edital de licitação promovida por um Município de Minas Gerais, como promovido pelo Secretário. Tal cálculo, embora não demonstre a comparação com os preços de mercado e, portanto, não configure

meio confiável para apurar, por estimativa, a quantia que seguramente não excederia o real valor devido, nos termos do art. 210, §1º, inciso II, do Regimento Interno, indica que o sobrepreço não pode ser relevado, como ocorreu na outra TCE instaurada.

22. Por fim, no que se refere à Factorial Construção e Serviços Ltda., que deve ser considerada revel nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, registro a impossibilidade jurídica de aplicação da sanção prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992 à contratada, à qual só seria cabível a imputação de débito, que ora se descarta, e a aplicação de sanções relacionadas a eventual fraude à licitação, que não foi objeto de investigação por parte da unidade técnica.

23. Por outro lado, não se pode olvidar da participação da empresa no dano ocorrido, que apenas não está sendo imputado pela dificuldade de apurar o valor. Diante disso, pondero que suas contas também mereçam o julgamento pela irregularidade. Essa possibilidade está em sintonia com julgados deste Tribunal, a exemplo dos acórdãos a seguir mencionados:

Acórdão 1075/2015 - Plenário

“46. Por fim, acrescento que, por meio do Acórdão 946/2013-TCU-Plenário, esta Corte firmou entendimento acerca da viabilidade jurídica de se julgarem as contas de entidades privadas em decorrência de prejuízo ao erário, com fundamento nos arts. 70 e 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988, c/c os arts. 5º, inciso II, e 16, § 2º, da Lei n 8.443/1992. Sendo assim, no caso concreto, devem ser julgadas irregulares as contas das empresas envolvidas.”

Acórdão 4922/2013 – 2ª Câmara

“Cabe comentar a questão referente à possibilidade de o Tribunal julgar as contas da empresa [...], levantada pelo Ministério Público. Acompanho o entendimento expresso no voto que orientou o Acórdão n.º 501/2009-Plenário de que o art. 71, II, "a", da Lei n.º 8.443, de 1992, atribui a este Tribunal a competência para julgar as contas daqueles que cometam irregularidades de que resulte prejuízo ao erário. Deste modo, cabe julgar irregulares as contas da empresa”.

24. Assim, com fulcro no art. 16, inciso III, alíneas “b” e “c” c/c o art. 19, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, entendo que as contas dos Srs. Felisberto Clementino Ferreira, Átila Martins de Medeiros e Francisco Elício Cavalcante Abreu devam ser julgadas irregulares, com aplicação da multa prevista no art. 58, inciso I, da mesma lei, conforme posicionamento por mim adotado nos Acórdãos 2699/2013 – Plenário, 4067/2015 - 1ª Câmara, 7935/2014 - 2ª Câmara e 6978/2014 - 1ª Câmara, cabendo ainda julgar irregulares as contas da Factorial Construção e Serviços Ltda.

Feitas as considerações pertinentes, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 14 de outubro de 2015.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator