

GRUPO II – CLASSE II – Primeira Câmara
TC 015.384/2016-0 [Apenso: TC 007.157/2013-4]
Natureza: Tomada de Contas Especial
Entidade: Município de São Mateus/ES
Responsáveis: Amadeu Boroto (364.435.307-72); Viação São Gabriel Ltda (27.492.479/0001-87)
Interessado: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE)
Representação legal: Alexandre Augusto Kohls (OAB/ES 15.167), representando Viação São Gabriel Ltda.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO CONVERTIDA EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRANSPORTE ESCOLAR. PROPOSTA DE REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA APRESENTADAS E CONCESSÃO DE NOVO E IMPROPRORROGÁVEL PRAZO. EMPRESA PRIVADA. NÃO SE APLICA AO CASO EM APREÇO. CONDUTA DO EX-PREFEITO EM AUTORIZAR SUBCONTRATAÇÃO POR VALORES INFERIORES AOS DOS LANCES VENCEDORES. CULPA GRAVE. DESNECESSIDADE DE AFERIÇÃO DE BOA-FÉ. MÉRITO. IRREGULARIDADE. DÉBITO. MULTA. COMUNICAÇÕES.

Relatório

Trata-se de processo de tomada de contas especial atuado pela conversão de representação (acórdão 2981/2016-TCU-1ª Câmara, TC 007.157/2013-4) em razão de supostas irregularidades no pregão presencial 44/2009, conduzido pelo município de São Mateus/ES, cuja finalidade era a contratação de transporte escolar.

2. Transcrevo a seguir, com ajustes, a instrução de mérito da Secretaria de Controle Externo no Espírito Santo (Secex-ES), peça 23:

“HISTÓRICO

2. A presente tomada de contas especial teve origem em representação de autoria da SECEX-ES (peça 2 do processo apenso TC – 007.157/2013-4), iniciativa esta decorrente do conhecimento da conversão, por parte da Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo, do procedimento administrativo 1.17.003.000050/2012-56 em inquérito civil público, destinado a apurar possíveis irregularidades na contratação de transporte escolar por parte da Prefeitura Municipal de São Mateus (ES), especificamente o Pregão presencial 044/2009, parcialmente custeada por recursos do Programa Nacional de Transporte Escolar – PNATE (peça 1 do processo apenso).

3. Dentre as irregularidades apuradas destaca-se o fato de que, logo após a assinatura do Contrato n.º 108/2009, resultante do Pregão Presencial n.º 044/2009, a Prefeitura Municipal de São Mateus autorizou a contratada, Viação São Gabriel, a transferir para terceiros parcial ou integralmente a execução o objeto do contrato em relevo, o que constitui motivo de burla à licitação, violando o princípio da licitação contido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal/88 e os artigos 2.º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993.

4. Deste modo, a Viação São Gabriel, após autorização daquela prefeitura, transferiu para a execução de terceiros 75% (setenta e cinco por cento) do objeto contratual, retendo para si o valor de R\$ 0,29/km rodado, resultante da diferença entre o preço contratado junto à Prefeitura de São Mateus/ES (R\$ 2,59) e o preço subcontratado junto a terceiros (R\$ 2,30), sendo que essa diferença de preços entre o que foi contratado e o que foi subcontratado, traduziu-se em um superfaturamento e no locupletamento da empresa contratada (Viação Águia Branca), às custas não só de recursos municipais, mas também federais, tendo em vista a utilização de recursos do Programa Nacional do Transporte Escolar – PNATE, oriundo do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, no pagamento das faturas por ela emitidas, resultando, portanto em um dano ao erário federal, objeto da jurisdição deste Tribunal.

5. Assim, ultimado o trabalho de apuração do ‘quantum debeatur’ no âmbito da instrução contida na peça 2 destes autos (ou peça 63 do processo apenso), propôs-se, naquela oportunidade, a conversão da então Representação (TC – 007.157/2013-4) em processo de tomada de contas especial, autorizando-se, desde logo, a citação do Sr. Amadeu Boroto, Prefeito Municipal (CPF 364.435.307-72), solidariamente com a empresa Viação São Gabriel Ltda. (CNPJ 27.492.479/0001-87), para que, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da ciência, apresentassem alegações de defesa e/ou recolhessem solidariamente, aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, as quantias ali consignadas, atualizadas monetariamente, a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor.

6. Nesse sentido, o Exmo. Ministro Relator Weder de Oliveira, mediante Acórdão n.º 2981/2016 – TCU – 1.ª Câmara, proferido na sessão ordinária de 10/5/2016 (Ata n.º 15/2016 – 1.ª Câmara), procedeu às seguintes determinações/recomendações/ciências:

1.7.1. autorizar, desde logo, a citação do Sr. Amadeu Boroto, solidariamente com a empresa Viação São Gabriel Ltda., para que, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da ciência, apresentem alegações de defesa e/ou recolham solidariamente, aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, as quantias abaixo consignadas, atualizadas monetariamente, a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor:

Item	Período	Data da Ocorrência	Valor (R\$)
2	1/6 a 30/6/2009	30/7/2009	4.638,82
5	1/8 a 31/8/2009	29/9/2009	4.629,56
8	1/9 a 30/9/2009	19/10/2009	4.630,08
9	1/10 a 31/10/2009	26/11/2009	9.344,84
11	1/11 a 30/11/2009	23/12/2009	3.967,08
15	1/2 a 28/2/2010	25/3/2010	706,02
17	1/3 a 31/3/2010	27/4/2010	6.303,87
21	1/5 a 31/5/2010	30/6/2010	12.638,68
23	1/6 a 30/6/2010	26/7/2010	6.350,77
25	1/7 a 31/7/2010	16/8/2010	6.323,15
27	1/8 a 31/8/2010	15/9/2010	6.316,19
29	1/9 a 30/9/2010	15/10/2010	6.313,77
31	1/10 a 31/10/2010	25/11/2010	6.313,89
45	1/4 a 30/4/2011	27/5/2011	1.226,06
56	1/7 a 31/7/2011	1/9/2011	2.566,40
61	1/8 a 31/8/2011	11/10/2011	4.497,86
70	1/10 a 31/10/2011	2/12/2011	3.723,64
73	1/11 a 30/11/2011	23/12/2011	9.899,83
80	1/12 a 31/12/2011	26/1/2012	2.610,88

1.7.2. comunicar a adoção da medida proposta no item anterior ao Ministro de Estado da Educação, conforme art. 198, parágrafo único, do Regimento interno do TCU;

1.7.3. apensar os presentes autos ao processo de tomada de contas especial que vier a ser atuado, na forma prevista no art. 41 da Resolução TCU 259/2014; e

1.7.3. dar ciência desta deliberação, bem como da instrução da unidade técnica (peça 63), à Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo, ao município de São Mateus, ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em relação ao superfaturamento suportado com recursos da municipalidade.

7. Em cumprimento a esse Acórdão (peça 1 destes autos), foi promovida a citação do Sr. Amadeu Boroto, bem como da empresa Viação São Gabriel Ltda., mediante os Ofícios n.ºs 421/2016 – TCU/SECEX/ES (peça 9), e 422/2016 – TCU/SECEX-ES (peça 10), ambos datados de 2/6/2016, respectivamente.

EXAME TÉCNICO

8. O Sr. Amadeu Boroto tomou ciência do ofício que lhe foi remetido, conforme documento constante da peça 19, tendo apresentado tempestivamente suas alegações de defesa conforme documentação integrante das peças 11, 12, 13, 14 e 15. Do mesmo modo, a empresa Viação São Gabriel Ltda., tomou ciência do ofício que lhe foi remetido, conforme documento constante da peça 20, tendo apresentado tempestivamente suas alegações de defesa conforme documentação integrante da peça 18.

9. Ambos os responsáveis foram citados solidariamente para apresentarem alegações de defesa quanto à ocorrência consubstanciada na subcontratação quase integral e onerosa do objeto do Contrato n.º 108/2008, o que se traduziu em burla ao procedimento licitatório, enriquecimento sem causa e superfaturamento sendo violadas as seguintes disposições normativas: art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal/88 e os artigos 2.º, 3.º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993, ou recolherem, conforme detalhado no Anexo I, dos respectivos Ofícios de citação, aos cofres da entidade credora, no caso o FNDE, os valores históricos atualizados monetariamente dos débitos apurados desde as respectivas datas de ocorrência até o efetivo recolhimento, abatendo-se, na oportunidade, as quantias eventualmente ressarcidas, na forma da legislação em vigor. Ressaltou-se, ainda, que o valor total das dívidas atualizadas monetariamente até 2/6/2016 correspondia a R\$ 152.434,77.

Alegações de defesa do Sr. Amadeu Boroto

10. Em sua defesa (peças 11, 12, 13, 14 e 15), o Sr. Amadeu Boroto, ex-prefeito de São Mateus, apresentou as seguintes alegações, reproduzidas de forma sucinta, conforme segue:

10.1. Sobre as diferenças de valor de 2005 a 2009 e após 2009, registrou, inicialmente, que o valor adotado no início do contrato n.º 12/2005 não pode ser tomado como referência, haja vista que se deu em circunstâncias diferentes da do contrato seguinte, além de não haver legalidade para exigir atrelamento entre certames licitatórios distintos.

10.1.1. Explicou que, se em maio de 2009, fosse atualizado o valor contratado em 2005, conforme cláusula contratual este teria que sofrer um reajuste de no mínimo 27,7370%. Assim, concluiu, o valor que inicialmente era de R\$ 1,81/Km passaria para R\$ 2,31/km.

10.1.2. Ressaltou que o referido contrato foi iniciado com o valor de R\$ 1,81/Km, e que nos anos de 2006 e 2007, os valores foram reajustados nos termos de tabela anexa mencionada pelo defendente (peça 14, p 28-68 e peça 15, p. 1-4)

10.1.3. Da observação do referido documento, concluiu que o valor total do reajuste nos anos de 2006 e 2007 foi de R\$ 338.698,56 (trezentos e trinta e oito mil, seiscentos e noventa e oito reais e cinquenta e seis centavos), ou seja, o valor praticado já não era mais o valor inicial.

10.1.4. Repetiu, assim, que, nos anos de 2006 e 2007 já não era praticado o valor de R\$ 1,81/Km narrado no relatório de fiscalização, conforme se pode observar.

10.1.5. Dessa forma, esclareceu que o referido contrato iniciou em 2005 e, apenas um ano após sua celebração, teve o seu valor reajustado.

10.1.6. Salientou que a referida diferença de valores se deve, também, ao fato da necessidade de contratação de 25 acompanhantes nos ônibus escolares que transportam alunos da Educação Infantil e do Ensino Fundamental, conforme anexo Contrato n.º 108/2009 (doc. 07), quantitativo este que não consta do contrato n.º 012/2005 (doc. 08).

10.1.7. Esclareceu que diante da exigência do FNDE fez-se necessária a contratação de 25 (vinte e cinco) acompanhantes, sendo que tal valor faria parte da composição unitária do item citado, ou seja, encontrava-se diluído no preço final de R\$ 2,59 (dois reais e cinquenta e nove centavos).

10.1.8. Contemporizou, assim, que ao crescer 25 (vinte e cinco) novos funcionários, que geram encargos e custas aos licitantes era de se esperar um aumento no preço da quilometragem que, destacou, se comparado aos reajustes e aditivos do contrato anterior, evidenciavam claro benefício ao Município. Informou, ainda, que o custo médio mensal de um acompanhante girava em torno de aproximadamente R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais), incluídos os encargos sociais.

10.1.9. Acrescido aos argumentos dos índices dos reajustes, bem como, a necessidade de contratação de 25 acompanhantes, revelou que o Edital que culminou no contrato n.º 108/2009 trouxe outra exigência em seu termo de referência, mais precisamente na cláusula n.º 6.2, que dizia, in verbis:

Fornecer o veículo, objeto da locação, e substituí-lo em caso de quebra ou avaria, por veículo com as mesmas características do veículo original, e no tocante a ano/modelo, o novo veículo deverá ser igual, ou melhor do que o veículo substituído, assim como colocá-lo em perfeitas condições de utilização, no prazo de no máximo 24 horas, sob pena de rescindida a locação. Os veículos e seus condutores devem estar em conformidade com o que diz o Código de Trânsito Brasileiro sobre o transporte escolar em seus Artigos 136, 137 e 138 e Instrução de Serviço n.º 26 de 15/04/2005 (DETRAN/ES).

10.1.10. Procurou demonstrar, assim, ser este mais um fator que justificaria a majoração do valor contratado anteriormente ao contrato n.º 108/2009, haja vista que, àquela época, não havia a exigência supratranscrita.

10.1.11. Argumentou que a administração 2009-2012 não estaria, por força de lei, atrelada a contratos da administração anterior, até mesmo porque havia variantes no objeto conforme já discorrido anteriormente, não servindo, portanto, o valor contratado em 2005 como paradigma para o certame de 2009.

10.1.12. Destacou que o valor alcançado pelo contrato n.º 108/2009, qual seja, R\$ 2,59/Km, se comparado com o valor pago na prestação de serviço semelhante, por municípios vizinhos, restará comprovado que o preço atende perfeitamente ao princípio da economicidade e da eficiência, pelo que, o Município de Colatina/ES, no ano de 2010, chegou a pagar R\$ 2,90/Km; o Município de Linhares/ES, por sua vez, no ano de 2009 pagava R\$ 3,30/Km, ou seja, muito acima do valor contratado pela administração de São Mateus.

10.2. Sobre o fato de que o edital do pregão presencial n.º 044/2009 – Contrato n.º 108/2009, foi publicado inicialmente em 28/4/2009, estabelecendo o preço máximo aceitável de R\$ 1,99/Km, e posteriormente, em 8/5/2009, foi publicada uma ‘errata’, retirando essa condição, salientou que a ‘errata’ se deu devido ao fato de que quando ocorreu a referida licitação o preço de R\$ 1,99/km já não era mais praticado pela administração, pelo que, conforme acima demonstrado, tornaria inviável a licitação uma vez que no contrato anterior já se pagava valor maior do que R\$ 1,99/km ao contratado e que tal valor não seria suficiente para cobrir os custos contratuais.

10.2.1. Assim, explicou, pela razão acima exposta, imperioso se fez uma errata excluindo a referida cláusula, uma vez que o valor se encontrava errado, pois já não era mais praticado.

10.3. Sobre as subcontratações realizadas pela empresa vencedora do certame – contrato n.º 108/2009, alegou que a subcontratação não é vedada pelo município de São Mateus, desde que seja solicitada pelo contratado e autorizada pelo ente público contratante.

10.3.1. Afirmou que as subcontratações feitas pela empresa vencedora do certame licitatório são lícitas, diante dos termos do contrato firmado com aquela administração, devidamente autorizadas pela municipalidade.

10.3.2. Ressaltou que o valor indicado na representação surge em razão de suposta subcontratação nos anos de 2009 até 2012, mas observou que a municipalidade contratou serviço de transporte escolar ao invés de locação de veículos e que a prestação do serviço foi além da simples operação dos ônibus, sendo incluída no contrato e de responsabilidade da contratada a administração do contrato, a qual era mantida integralmente pela Viação São Gabriel, conforme observa-se de algumas cópias de notificação realizadas diretamente à contratada.

10.3.3. Acrescentou, ainda, que o valor de R\$ 2,59 pago a contratada tratava-se de um valor bruto, ou seja, ficando retido na fonte, o importe de 2% referente ao ISS e 11% de INSS sobre 30% do valor da nota fiscal, ou seja, após as deduções ter-se-ia um valor líquido de R\$ 2,38. Assim, completou que restaria uma diferença de R\$ 0,08 utilizados para o recolhimento do PIS, COFINS, CSLL e IRPJ ao poder público, além da administração do contrato, como escritório, computador, impressora, funcionário administrativo, percebendo-se que o valor repassado à subcontratada de R\$ 2,30, atende perfeitamente ao princípio da economicidade, razoabilidade e legalidade.

10.4. Sobre a ausência de competitividade no certame realizado em 2009, informou que nem a Legislação Federal, nem as recentes decisões de órgão de controle vedam a participação de mesmo grupo econômico em certames licitatórios, não podendo a municipalidade vedar tal participação, sob pena de descumprimento legal, uma vez que não se encontra amparo legal para tal conduta.

10.4.1. Neste passo, afirmou que não cabe à municipalidade fiscalizar as possíveis empresas participantes, bem como impedir que seus representantes conversem entre si.

10.4.2. Assim, entende que resta demonstrada a possibilidade jurídica de mais de uma empresa integrante do mesmo grupo econômico, ou da mesma família de proprietários, ou da mesma pessoa natura, ou pertencentes a pessoas casadas ou aparentadas entre si, participar como licitantes distintas de um mesmo procedimento licitatório instaurado pelo poder público.

10.4.3. Isto porque, segundo o responsável, como se extrai da melhor doutrina e jurisprudência, esse fato de empresas que concorram às mesmas licitações pertencerem ao mesmo grupo econômico, ou à mesma família, ou a sócios comuns, ou a amigos, associados ou colaboradores entre si, ou casados entre si, é bastante frequente em licitações – e não apenas em nosso país -, não contendo nada de irregular, antijurídico, condenável ou ilegal, e pelas mais variadas razões, como as seguintes por ele destacadas, e a seguir reproduzidas:

I) quem, hoje, no Brasil, tem a suficiente coragem pessoal de constituir uma média empresa comercial assume, desde logo, sérios compromissos financeiros relativos a investimentos necessários, que são mais seguros ou menos seguros; pesadíssimas obrigações tributárias e fiscais, pesadíssimas obrigações trabalhistas, pesadíssimos encargos previdenciários relativos a empregados; grandes riscos comerciais frente à concorrência e às instabilidades do mercado, sem falar dos graves riscos de condenações judiciais em face de tudo aquilo, em diversas justiças e variadas esferas judiciais;

II) se alguém ou se algum grupo familiar ou econômico, inobstante todo o risco e o complexo obrigacional mencionados, além de instituir uma empresa institui mais de uma com o mesmo objeto comercial, então além de se sujeitar mais de uma vez a todas as vicissitudes acima apontadas, concorre consigo mesmo, e se uma de suas empresas ganhar a licitação outra estará perdendo, e precisará arcar com o preço disso;

III) visto isso, acusar de cartelização ou ‘lobby’ a empresa de um mesmo grupo que concorram em um mesmo certame é repetir o episódio do ovo de Colombo: sé é tão fácil, tão seguro, tão barato, tão simples e tão descomplicado constituir várias empresas, e as pôr para entre si concorrerem em certames licitatórios, então por que motivo mais empresários não o fazem? Se essa ‘mina de ouro’ é tão acessível e cômoda, por que mais gente não constitui grandes redes empresariais e comerciais, para com isso ampliar as possibilidades de vencer concorrências abertas pelo poder público?

(...)

Caso seja irregular, então a fábrica Audi, que pertence a Volkswagen, estaria impedida de concorrer com a VW numa licitação para compra de veículos! E, ao tempo em que existia a Autolatina, consórcio ou associação entre Ford e VW, ambas estariam proibidas de concorrer na mesma licitação!

Por óbvio que o caso em tela não se enquadra nas hipóteses de vedação definidas no art. 9, da Lei 8.666/93.

(...)

V) Tudo o que acima foi considerado é tanto mais ponderável quando se trata de alguma licitação que por força de lei é e precisa ser sempre aberta a todos os possíveis fornecedores que se habilitem, sem qualquer prévia restrição ou discriminação legalmente admissível como é o caso das concorrências, das tomadas de preços e dos pregões, como é o caso em tela.

(...)

O Egrégio próprio TCU entende que apenas em um dado convite não podem empresas do mesmo grupo participar, e o motivo disso é que a competitividade sofre abalo quando é o mesmo grupo que compete entre si, por várias empresas de um só dono. Esse problema desaparece entretanto em concorrências, em tomadas de preços e em pregões, como o próprio TCU reconhece.

(...)

Este próprio Tribunal de Contas da União manifestou esse entendimento no anexo documento intitulado INFORMATIVO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS N.º 143. Vejamos: 5.A participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação não afronta a legislação vigente e somente merece ser considerada irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes, como nos casos de: a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra. Auditoria realizada nos Departamentos Nacionais do Serviço Social da Indústria (Sesi/DN) e do Serviço de Nacional Aprendizagem Industrial (Senai/DN) avaliou a regularidade dos processos licitatórios e os respectivos contratos de aquisição de bens e prestação de serviços. Foram apontadas possíveis fragilidades no planejamento de contratações, adoção de critérios restritivos de habilitação de licitantes, falhas em fiscalização de contratos e outros indícios de irregularidades. Destaque-se, entre elas, a suposta ilicitude consistente no impedimento de participação de empresas com sócios comuns em licitações promovidas por essas entidades. O relator anotou, a esse respeito, que ‘nem os regulamentos próprios das entidades nem a Lei n. 8.666/1993 vedam essa situação’. E mais: ‘A interpretação teleológica da legislação, especialmente a do princípio da igualdade de condições a todos os interessados, conduz ao entendimento de que o concurso de licitantes pertencentes a sócios comuns somente é irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes’. Acrescentou que, de acordo com o precedente revelado pelo Acórdão 297/2009 – Plenário, a participação simultânea de empresas que tenham sócios comuns em um mesmo certame configuraria irregularidade nos casos de: ‘a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a

empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra'. O relator consignou, porém, que, nos processos em que tal exigência indevida foi identificada, não houve exclusão de nenhuma empresa por essa razão, nem foram apontados indícios de conluio ou fraude. Levou em conta, ainda, a informação fornecida pelo Sesi/DN e Senai/DN de que não mais incluem em seus editais cláusula com tal conteúdo restritivo, em respeito a deliberação já proferida pelo Tribunal, por meio da qual ratificou-se medida cautelar que determinara a suspensão de outros certames conduzidos por tais entidades, em razão de ilegalidade dessa mesma natureza (Acórdão n. 2.341/2011-P). O Tribunal, então, em face de falhas outras identificadas na auditoria, decidiu efetuar recomendações e determinações aos Sesi/DN e Senai/DN, e deixou de expedir determinação corretiva acerca do quesito acima destacado, tendo em vista a informação de que a referida vedação não mais tem sido inserida em editais dessas entidades. Precedentes mencionados: Acórdão 526/2013-Plenário, TC 028.129/2012-1, relator Ministro Marcos Bemquerer Costa, 13.3.2013.

VI) Se vem a Administração a saber, no desenrolar do certame, que dois ou mais participantes, pessoas jurídicas distintas, empresas separadas e autônomas cada qual com sua identidade empresarial e sua personalidade jurídica independente, pertencem ao, ou integram o mesmo grupo, ou têm os mesmos sócios, ou têm sócios familiares entre si, ou entre si associados por algum modo admitido em direito, tudo o que tem a fazer é prosseguir desassombradamente o certame.

(...)

VII) não se pode confundir a pessoa jurídica com a pessoa física que a detenha - ninguém cometa esta infantilidade que reduz o direito a pó.

Fossem confundíveis aquelas duas realidades, então inexistiria qualquer razão para que existissem empresas. Não fora para que alguma vantagem, algum privilégio, alguma prerrogativa detivessem com relação aos homens que a instituíssem - de natureza comercial, tributária, fiscal, institucional -, então nem uma empresa teria razão de ser.

(...)

IX) Se no Direito Civil a confusão entre pessoas jurídicas e físicas é inviável, também no ramo do direito administrativo, e precisamente em matéria de licitação, a confusão é impossível.

(...)

Tanto faz que a associação na constituição das empresa seja matrimonial, ou que seja comercial, ou que seja por outros vínculos familiares ou de parentesco, pois que juridicamente, para este efeito, todos dão no mesmo, e constituem uma só realidade: a vinculação, seja qual for, matrimonial ou não, jamais tem o condão de inabilitar, ou impedir, ou obstaculizar, ou travar, ou inviabilizar a participação de todas no mesmo certame licitatório - sobretudo em se tratando de modalidades licitatórias abertas pela lei a uma imprevisível e indefinível universalidade de participantes, como por excelência são os pregões e a concorrência, e um pouco menos a tomada de preços (apenas por causa do cadastramento prévio necessário, o que de resto é também factível a qualquer fornecedor interessado).

XI) No que tange à eventual alegação de rompimento à regra (de resto principiológica) do sigilo das propostas, prevista no art. 43, inc. II, da Lei n.º 8.666/93, objeta-se com o argumento de que não é o licitante quem precisa manter o sigilo de sua proposta, mas única e exclusivamente a Administração, e ninguém mais, até a abertura.

(...)

Mais a mais ressalta-se que durante o certame houve disputa acirrada, onde houveram 11 (onze) rodadas de lances, restando evidenciado, assim, competitividade no certame.

Ainda neste passo, salienta-se que após solicitação da Municipalidade, a empresa vencedora foi instada a reduzir o valor, sendo finalizada a contratação, em todos os lotes por R\$ 2,59, uma vez que o valor vencedor variava de R\$ 2,59 a R\$ 2.71, dependendo do lote.

11. Por fim, em sua conclusão o ora responsável solicita que a presente tomadas de contas especial seja julgada totalmente improcedente, haja vista a ausência de responsabilidade do Município de São Mateus e do seu então Prefeito, Sr. Amadeu Boroto, seja por ato omissivo ou comissivo, em relação ao Pregão Presencial n.º 044/2009 e contrato 108/2009.

Análise das alegações de defesa do Sr. Amadeu Boroto:

12. Com relação à elevação do preço unitário do quilômetro praticado no transporte escolar constatada originalmente pela CGU (peça 7, p. 27-28 do processo apenso TC – 007.157/2013-4), que no início do Contrato n.º 12/2005 era em média de R\$ 1,81/Km, passando ao final do referido contrato, em março de 2009, para R\$ 2,31/Km, após aplicado o reajuste acumulado de 27,3770% informado pela própria Prefeitura de São Mateus, valor este, portanto, inferior ao de R\$ 2,59/Km, obtido pelo Pregão Presencial n.º 044/2009, é natural que tal diferença (R\$ 0,29/Km) tenha chamado atenção, principalmente se considerarmos que a mesma, coincidentemente, foi utilizada nas subcontratações efetuadas pela empresa Viação São Gabriel, vencedora daquele pregão, para remunerar a si mesma, com a anuência daquela prefeitura.

12.1. Sem falar no fato, é claro, de que ao final da vigência do Contrato n.º 12/2005, em março de 2009, foi firmado o Contrato Emergencial n.º 55/2009 (peça 9, p. 79-99 do processo apenso TC – 007.157/2013-4), cujo preço médio do quilômetro percorrido era de R\$ 2,11, apurando-se, portanto, um aumento na ordem de 22% entre este contrato emergencial e o preço de R\$ 2,59/Km do Contrato n.º 108/2009, de 26/5/2009, decorrente do Pregão Presencial n.º 044/2009.

12.2. Com efeito, o procedimento correto, porém, não adotado pela Prefeitura de São Mateus, previamente à realização do procedimento licitatório (Pregão Presencial n.º 044/2009) que levou à referida contratação pelo preço unitário de R\$ 2,59/Km, seria a elaboração de um orçamento detalhado em planilhas que expressasse a composição de todos os custos unitários do serviço que seria licitado, nos termos do disposto no inciso II, do §2.º do art. 7.º da Lei 8.666/93 ('As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: (...) existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários'), uma vez que tal orçamento forneceria uma referência paramétrica confiável para a Administração, a ser balizada com os preços praticados pelos municípios vizinhos.

12.3. Esta Corte de Contas tem entendido que o demonstrativo do orçamento deve constar como anexo aos editais de licitações, qualquer que seja a sua modalidade, conforme estabelece o art. 40, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993, e conforme precedentes Acórdãos 697/2006 - Plenário e 2.170/2008 - Plenário.

12.4. Na ausência, pois, desse orçamento detalhado em planilhas os preços unitários constantes dos contratos que antecederam ao Pregão Presencial n.º 44/2009, tais como os Contratos n.ºs 12/2005 e 55/2009, constituíam sim, um importante parâmetro para a validação do preço de R\$ 2,59/Km estipulado no âmbito do Contrato n.º 108/2009, resultante daquele pregão, o que não significa dizer que este último contrato deveria estar atrelado, por força da lei, aos que o precederam, ainda mais considerando-se as diversas variantes existentes no objeto deste último comparativamente aos contratos que o antecederam, conforme invocado pelo próprio defendente.

12.5 De fato, examinando-se os termos do Contrato n.º 12/2005 (peça 18, p. 16-36) e do Contrato n.º 55/2009 (peça 9, 79-88 do processo apenso TC – 007.157/2013-4), verificamos que, diferentemente do Contrato n.º 108/2009 (peça 11, p. 39-49), os primeiros não possuíam a previsão de acompanhantes no transporte escolar, para as crianças da educação infantil e de ensino fundamental, da 1.ª a 4.ª série, embora essa obrigatoriedade já constasse do art. 10 da Instrução de Serviço n.º 007, de 28 de janeiro de 2005, vigente à época da assinatura daqueles

contratos [Art. 10 – No transporte de escolares cursando o Ensino Infantil e o Ensino Fundamental, da 1.^a a 4.^a série, é obrigatória a presença de acompanhante, com idade mínima de 18 (dezoito) anos].

12.6. É óbvio que o acréscimo de um novo fator de produção irá resultar diretamente no aumento do preço unitário do contrato. Entretanto, não se sabe em ‘quanto’, visto que a Prefeitura Municipal de São Mateus não elaborou o orçamento detalhado em planilha com a composição de todos os custos unitários, nos termos do disposto no inciso II, do §2.º do art. 7.º da Lei 8.666/93.

12.7. Do mesmo modo, como outro diferencial apontando pelo defendente em relação aos contratos antigos, tem-se o disposto no item 6.2 do Termo de Referência do Edital do Pregão Presencial n.º 044/2009 (peça 7, p. 104-109 do processo apenso), que resultou no Contrato n.º 108/2009, que teria definido como obrigação da futura contratada: ‘Fornecer o veículo, objeto da locação, e substituí-lo em caso de quebra ou avaria, por veículo com as mesmas características do veículo original, e no tocante a ano/modelo, o novo veículo deverá ser igual, ou melhor do que o veículo substituído, assim como colocá-lo em perfeitas condições de utilização, no prazo de no máximo 24 horas, sob pena de rescindida a locação. Os veículos e seus condutores devem estar em conformidade com o que diz o Código de Trânsito Brasileiro sobre o transporte escolar em seus Artigos 136, 137 e 138 e Instrução de Serviço n.º 26 de 15/04/2005 (DETRAN/ES)’. O acréscimo desse dispositivo, portanto, fatalmente elevaria o custo da prestação dos serviços de transporte escolar.

12.7.1. Entretanto, esse último diferencial citado pelo ora responsável, embora com outras palavras, já constava do Anexo II (Especificações dos Serviços e Critérios de Medição) do Contrato n.º 012/2005 (peça 18, p. 30-32), conforme transcrito a seguir:

4 - Veículos

4.3 – A CONTRATADA deverá manter um número adequado de veículos de reserva, obedecendo as mesmas especificações dos citados no item 4.1 deste Anexo, para proceder as substituições de imediato daqueles veículos que forem retirados de circulação para manutenção corretiva, preventiva ou por alguma irregularidade constatada pela Fiscalização.

4.3.1 – O MUNICÍPIO poderá submeter à inspeção todo e qualquer veículo que venha a ser utilizado no cumprimento do Contrato, em qualquer época, antes do início da prestação dos serviços objeto do Contrato e/ou durante sua vigência e/ou sua eventual prorrogação.

4.3.2 – Caso sejam constatadas deficiências que não tornem o veículo totalmente inoperante ou sendo constatadas irregularidades no atendimento à prestação dos serviços objeto do Contrato, a CONTRATADA se obriga a sanar tais deficiências nos prazos estipulados pela Fiscalização.

6 – Pessoal

6.2 - Na prestação dos serviços objeto do Contrato, deverão ser utilizados motoristas devidamente habilitados, com experiência profissional mínima de 2 (dois) anos, comprovada em Carteira .

6.2.1 – Todos os motoristas deverão ter cursos de direção defensiva, com certificado de habilitação emitido por entidade oficialmente reconhecida, com reciclagem a cada 2 (dois) anos.

6.2.2 - No prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis antes do início do Contrato, a CONTRATADA deverá apresentar os certificados solicitados nos subitens anteriores. Após o início do Contrato, toda entrada de empregado novo deverá ser precedida da apresentação do referido certificado.

12.8. Entendemos, assim, que o único diferencial válido mencionado pelo defendente que justificaria uma elevação nos custos dos serviços de transporte escolar e,

consequentemente, uma elevação no preço unitário do quilômetro rodado, seria a inclusão dos 25 acompanhantes.

12.9. A partir desse entendimento, supõe-se que o preço do quilômetro rodado do Contrato n.º 108/2009, se considerado como parâmetro o preço médio do Contrato 12/2005 (R\$ 1,81/Km) atualizado monetariamente até fevereiro de 2009, deveria ser necessariamente maior que R\$ 2,30, ficando, dessa forma, absorvido pelo preço de R\$ 2,59, apresentado pela empresa vencedora do Pregão Presencial n.º 044/2009.

12.10. Nesse sentido, e com base nesse raciocínio, infere-se que o preço máximo de R\$ 1,99/Km, estabelecido no âmbito do Edital do Pregão Presencial n.º 44/2009, publicado inicialmente em 28/4/2009, e posteriormente, em 8/5/2009, retirado daquele edital, mediante a publicação de uma 'errata', deveu-se ao fato alegado pelo responsável de que quando ocorreu a referida licitação o preço de R\$ 1,99/km já não era mais praticado pela administração, tornando-se inviável a licitação uma vez que no contrato anterior, bem como no contrato emergencial que o complementou já se pagava ao contratado valor maior do que aquele preço e que tal valor não seria suficiente para cobrir os custos contratuais

13. Por outro lado, tratando-se, agora, especificamente da subcontratação quase integral e onerosa do Contrato n.º 108/2009, que foi objeto da presente citação, temos que apesar de a mesma ter sido prevista no Edital (item 6.1 do Termo de Referência: 'Não transferir a outrem, no todo ou em parte, o presente contrato, sem prévia e expressa anuência da CONTRATANTE' – peça 7, p. 105 do processo apenso), assim como no Contrato n.º 108/2009 dele resultante (item 2.1: 'Não transferir a outrem, no todo ou em parte, o presente contrato, sem prévia e expressa anuência do Contratante' – peça 7, p. 259 do processo apenso), e ter obtido a autorização da própria Prefeitura Municipal de São Mateus para que fosse feita no todo ou em parte, mediante Ofício n.º 234/2009, de 25/6/2009 (peça 7, p. 353 do processo apenso), tal procedimento encontra-se irregular visto que, a rigor, apesar de parcial, ela se deu de forma quase integral (75% do objeto), ou seja, ainda que admitida pela legislação, a subcontratação não pode ser integral, sob pena de violar o princípio da licitação (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal/88).

13.1. Ademais, observa-se da redação dos citados dispositivos editalício e contratual, que não houve a inclusão de limites à subcontratação, que poderiam ser estabelecidos em percentual razoável para não servir de estratégia para burlar o certame licitatório, à luz do que dispõe o art. 72 da Lei n.º 8.666/93 ('Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração'), como de fato ocorreu.

13.2. Quanto à alegação do defendente de que mesmo com a realização da subcontratação foi mantida a responsabilidade da contratada na administração do contrato, a qual era detida integralmente pela Viação São Gabriel, conforme se observaria de algumas cópias de notificação realizadas diretamente à contratada, atribuindo-se, ainda, aquela empresa despesas com o recolhimento do PIS, COFINS, CSLL e IRPJ ao poder público, além da administração do contrato, como escritório, computador, impressora, funcionário administrativo, é preciso salientar que os subcontratos celebrados (peça 8, p. 9-20 do processo apenso) dispunham que as obrigações da Viação São Gabriel, constantes da Cláusula Segunda (Das Obrigações da Contratada) do Contrato n.º 108/2009, firmado com a Prefeitura de São Mateus/ES, tais como assumir a responsabilidade por danos ou prejuízos causados ao Município ou a terceiros decorrentes da execução do contrato, por encargos trabalhistas e previdenciários, custo de transporte, seguro, manutenção do veículo, combustíveis e demais despesas referentes à boa prestação dos serviços, seriam de responsabilidade dos particulares contratados pela citada empresa, conforme descrito a seguir:

A CONTRATANTE é legítima contratada da Prefeitura Municipal de São Mateus-ES sob o Contrato n.º 108/2009 firmado em 26/05/2009, que tem como objeto o transporte urbano de estudantes;

01. O referido contrato, em sua cláusula 21.º permite a subcontratação de terceiros, desde que sob sua autorização e nos termos daquele contrato;

02. O presente contrato é pelo prazo de 12 (doze) meses a contar de 01/06/2009, sendo prorrogado automaticamente pelo mesmo prazo, encerrando-se em prazo menor, desde que o encerramento ou a rescisão do Contrato descrito na cláusula 01 ocorra dentro do prazo deste contrato e de suas prorrogações, ou por iniciativa unilateral e sem aviso prévio da CONTRATANTE;

(...)

04. Os serviços serão prestados nas mesmas condições estabelecidas no Contrato descrito na Cláusula 01 acima e seus anexos, que a CONTRATADA declara conhecer claramente, totalmente e sem ressalvas;

(...)

05. Os veículos e seus condutores terão que estarem devidamente regulares perante aos órgãos e legislações pertinentes à prestação dos serviços contratados;

06. A CONTRATADA responde civilmente, criminalmente e isoladamente perante a CONTRATANTE, Prefeitura Municipal de São Mateus-ES, passageiros e a terceiros, por seus atos irregulares e danosos;

07. A CONTRATADA, em relação a este contrato, será única e exclusivamente responsável pelas obrigações fiscais, tributárias, previdenciárias e trabalhistas;

11. A CONTRATADA fica sujeita às mesmas fiscalizações e multas impostas no Contrato descrito na Cláusula 01 acima e seus anexos; (grifos nossos).

13.3. Sobre as supostas cópias de notificação realizadas diretamente à contratada (Viação São Gabriel), examinando a documentação anexada à defesa do responsável, encontramos, apenas, o DOC 11 (peça 13, p. 25-27), que diz respeito a Ofícios expedidos pela Prefeitura de São Mateus, sendo que o primeiro deles, o OF/PMS/SME/DRE n.º 0051/2013, de 16/07/2013, comunicava àquela empresa que seria realizada uma vistoria da frota dos ônibus que atendem ao Departamento de Transporte Escolar, em determinado dia e horário, enquanto o segundo, o OF/PMS/SME/DRE n.º 0115/2013, de 25/10/2013, solicitava à empresa Viação São Gabriel que tomasse providências em relação a um ônibus que atendia a determinada linha. Ocorre que tais notificações são datadas de 2013, quando não mais vigia o Contrato n.º 108/2009, então subcontratado, sendo que em 2012 já havia sido realizado o Pregão Eletrônico n.º 001/2012, que resultou na contratação da Viação São Gabriel e da Cordial Transportes e Turismo Ltda., cujos contratos começaram a vigor a partir de agosto de 2012 (peça 10, p. 217-234 do processo apenso).

13.4. No tocante a argumentação do responsável de que o valor unitário de R\$ 2,59/km pago à Viação São Gabriel tratava-se de um valor bruto e que, após os descontos do ISS e do INSS, no importe de 2% e 11% sobre 30% do valor da nota fiscal, respectivamente, ou seja, após as deduções ter-se-ia um valor líquido de R\$ 2,38, sendo que descontados os R\$ 2,30 destinados às subcontratadas, restaria apenas uma diferença de apenas R\$ 0,08 utilizados para o recolhimento do PIS, COFINS, CSLL e IRPJ ao poder público, além da administração do contrato, como escritório, computador, impressora, funcionário administrativo, de modo que o valor de repassado à subcontratada de R\$ 2,30, atenderia perfeitamente ao princípio da economicidade, razoabilidade e legalidade, faz-se necessário algumas ressalvas:

13.4.1. A primeira delas diz respeito ao fato de que compulsando todas as medições do Contrato n.º 108/2009 (peças 44 a 56 do processo apenso), apresentadas à Prefeitura de São Mateus, que foram objeto da citação, por terem sido subcontratadas e por terem envolvido recursos do PNATE, foram descontadas em média 5,30% do valor bruto faturado mensalmente, decorrente do produto entre os quilômetros rodados por mês e o preço unitário do quilômetro contratado originalmente (R\$ 2,59), a título de recolhimento do pagamento do INSS – Serviços

de Terceiros e do pagamento do ISS (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza), conforme descrito a seguir:

Item	Período da Medição	Valor Faturado Bruto	Percentual retido (INSS e ISS) - %	Valor Faturado Líquido
2	1/6 a 30/6/2009	158.559,80	5,300006685	150.156,12
5	1/8 a 31/8/2009	143.726,87	5,299990183	136.109,36
8	1/9 a 30/9/2009	178.502,80	5,300006498	169.042,14
9	1/10 a 31/10/2009	173.985,84	5,300006023	164.764,58
11	1/11 a 30/11/2009	168.971,60	5,299997159	160.016,11
15	1/2 a 28/2/2010	127.920,10	5,299995857	121.140,34
17	1/3 a 31/3/2010	213.278,73	5,299998739	201.974,96
21	1/5 a 31/5/2010	238.331,80	5,299993538	225.700,23
23	1/6 a 30/6/2010	219.432,57	5,299997170	207.802,65
25	1/7 a 31/7/2010	173.103,88	5,300002519	163.929,37
27	1/8 a 31/8/2010	245.358,47	5,299992293	232.354,49
29	1/9 a 30/9/2010	217.060,13	5,299996826	205.555,95
31	1/10 a 31/10/2010	174.009,15	5,299997155	164.786,67
45	1/4 a 30/4/2011	91.340,70	5,299992227	86.499,65
56	1/7 a 31/7/2011	45.614,28	5,300006928	43.196,72
61	1/8 a 31/8/2011	43.788,00	5,427628574	41.411,35
70	1/10 a 31/10/2011	42.610,53	5,299981014	40.352,18
73	1/11 a 30/11/2011	182.080,50	5,299963478	172.430,30
80	1/12 a 31/12/2011	44.260,59	5,299974537	41.914,79

13.4.2. Ora vejamos, 5,30% de R\$ 2,59, corresponde a R\$ 0,14. Isto significa dizer que os descontos referentes ao INSS e ao ISS equivaleriam ao somatório de R\$ 0,14/km. Logo, abatendo-se do valor bruto de R\$ 2,59, o montante descontado a título de INSS e ISS (R\$ 0,14), teríamos o valor líquido de R\$ 2,45/km e não R\$ 2,38 como informado pelo defendente. Dessa forma, abstraindo-se do valor líquido de R\$ 2,45 a participação do subcontratado (R\$ 2,30), teremos de sobra para a empresa contratada (Viação São Gabriel) o valor de R\$ 0,15/Km, e não de R\$ 0,08/Km como pretendeu demonstrar o defendente. Observe-se que o valor de R\$ 0,15/km corresponde ao valor de R\$ 0,29 pelo qual foi calculado o débito atribuído aos responsáveis, descontado o valor dos impostos e encargos sociais (R\$ 0,14).

13.4.3. A segunda e última ressalva refere-se ao fato de que não foram apresentadas provas para demonstrar os custos suportados com a gestão dessas subcontratações por parte da Viação São Gabriel junto às suas subcontratadas. Isto é, não há uma justificativa para a retenção de R\$ 0,15/Km por parte daquela empresa.

13.5. De fato, excetuando-se o trabalho de proceder às retenções dos impostos e contribuições sociais exigidas por lei (INSS e ISS), por ocasião da emissão das notas fiscais em seu próprio nome, para cobrança junto à Prefeitura de São Mateus dos serviços efetivamente executados pelas suas subcontratadas, e posterior distribuição dos valores devidos às mesmas, na proporção de R\$ 2,30/Km percorrido, vê-se que a Viação São Gabriel não exerceu nenhuma outra atribuição, não se co-responsabilizando pela prestação daqueles serviços de transporte escolar subcontratados.

13.6. Na verdade, a Viação São Gabriel teve um papel de mera intermediação, não realizando nenhum papel de gestão e acompanhamento sobre as empresas contratadas, ou seja, não existem provas para demonstrar os custos suportados com a gestão da subcontratação integral, como alega o defendente.

13.7. Cumpre lembrar que o objeto do Contrato n.º 108/2009 não foi a prestação de serviços de gerenciamento de transporte, mas tão somente a prestação dos serviços do transporte escolar, não realizado pela contratada.

14. Retornando, agora, à questão do débito imputado aos responsáveis, verificou-se que todas as alegações do responsável se prendem à contestação de um possível valor excessivo do serviço, mas o que a citação desta Corte de Contas questiona é, na verdade, a existência de uma subcontratação praticamente integral de um contrato de transporte, com o sobrepreço decorrendo não do valor do serviço em si, mas do fato de o mesmo ter sido subcontratado a um valor muito menor, o que maculou o certame licitatório que lhe precedeu, por desconfigurar o método da escolha mais vantajosa para a administração.

14.1. Com efeito, consoante já disposto na instrução inicial (peça 2, item 7.12, p. 22), ‘não se pode falar na existência de sobrepreço em termos absolutos, visto que, (...), não haviam sido estipulados parâmetros claros e bem definidos no bojo do procedimento licitatório que possibilitassem a confrontação dos preços licitados com os preços vigentes no mercado’, o que ficou, inclusive, caracterizado no Laudo de Perícia Criminal n.º 1013/2012 – SETEC/SR/DPF/ES (peça 8, p. 112-127 do processo apenso) emitido pelo Setor Técnico Científico da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado do Espírito Santo, ao responder a vários quesitos relacionados ao caso em tela, dentre eles o seguinte: ‘2. Os valores adjudicados à empresa vencedora corresponderam ao valor médio praticado no mercado para a localidade de São Mateus?’. Resposta: ‘PREJUDICADO. Nos termos expostos no item ‘III.4. Valores Orçados e Adjudicados e Valores de Mercado’, págs. 11 e 12 do presente Laudo, a adequabilidade dos preços do KM rodado ofertados pelos licitantes, adjudicados à empresa vencedora e efetivamente contratados pela municipalidade para a prestação dos serviços de transporte escolar, consistiu em limitação ao escopo pericial, não sendo passível sua mensuração a mercado e, por conseguinte, de emissão de opinião conclusiva sob pena de vício de mérito e de exatidão.’ (Peça 8, p. 125 do processo apenso).

14.2. Assim, o que se questiona é por que o serviço não foi prestado diretamente pela própria Viação São Gabriel, vencedora do Pregão Presencial n.º 044/2009 pelo valor subcontratado de R\$ 2,30, a exemplo do que foi subcontratado com terceiros? Por que ao invés desse valor foi apresentado um valor superior de R\$ 2,59 à Prefeitura de São Mateus? Ora, a alegação do defendente para o fato de que o valor médio de R\$ 1,81, relativo ao Contrato n.º 12/2005, atualizado monetariamente até março de 2009 para o valor de R\$ 2,31, após o reajuste acumulado de 27,3770%, não poderia ser tomado como parâmetro para o Pregão Presencial n.º 044/2009, por encontrar-se abaixo do esperado, uma vez que nesse certame estariam previstos fatores de produção não existentes nos contratos que o precederam, a exemplo dos 25 acompanhantes, cai por terra diante da subcontratação ocorrida pouco tempo depois da celebração do Contrato n.º 108/2009.

14.3. Isto porque as empresas subcontratadas pela Viação São Gabriel arcaram com todos os custos de execução do Contrato n.º 108/2009, pelo valor unitário de apenas R\$ 2,30/km. O que significa dizer que todos os fatores de produção relativos às despesas com motoristas, acompanhantes, combustível, manutenção de veículos e outros foram cobertos por aquele valor subcontratado, sobrando, ainda, um lucro para aquelas subcontratadas, caso contrário tal relação jurídica, ofertada pela Viação São Gabriel, não teria sido aceita pelas mesmas. Tal constatação, por conseguinte, nos leva a inferir que o custo efetivo daquele serviço, mesmo com a inclusão dos 25 acompanhantes seria, na verdade, inferior a R\$ 2,30/Km.

14.4. O que ocorreu, porém, foi a adjudicação do Contrato n.º 108/2009 para a Viação São Gabriel pelo valor unitário de R\$ 2,59/Km, com a subcontratação da maior parte das linhas pelo valor de R\$ 2,30/Km, sobrando, ainda, uma ‘comissão’ para a empresa subcontratante no valor de R\$ 0,29 ou R\$ 0,15 (após o desconto de impostos e encargos sociais), sem nenhuma justificativa plausível sobre os custos por ela suportados.

14.5. Ao que se sabe, até o momento, em nenhum lugar estava previsto que a Viação São Gabriel arcaria com os custos dos acompanhantes. Logo, a argumentação daquela

empresa, reproduzida mais adiante em suas respectivas alegações de defesa, de que ‘se cada um dos 25 acompanhantes escolar recebesse um salário mínimo e respectivos encargos sociais tal soma já seria suficiente para absorver a diferença ora questionada’, fazendo referência, nesse sentido, ao débito resultante dos valores retidos pela empresa Viação São Gabriel, não tem nenhum cabimento.

15. Sobre a possibilidade de ausência de competitividade no certame realizado em 2009, envolvendo a participação de duas empresas, cujos sócios guardavam relação de parentesco, quais sejam, a Viação São Gabriel e a B&T transportes e Fretamentos Ltda., cumpre registrar que essas circunstâncias não são, a priori, indicativas da ocorrência de fraude ao certame, uma vez que inexistente vedação legal para a participação, em licitações, de empresas nessas condições, a exemplo do que foi assinalado pelo responsável em sua defesa.

15.1. O que se buscou demonstrar na instrução inicial (peça 2) é que a atuação de duas empresas com interesse único num certame gera o aumento significativo de chances de obter o melhor resultado e, no caso concreto, foram apresentados indícios de que a empresa B&T pode ter atuado no procedimento licitatório com o objetivo de apresentar o preço mais alto por lote, obtendo, portanto, o privilégio de fazer os primeiros lances verbais para cada lote e, desta forma, direcionar o preço a ser negociado, desistindo, logo em seguida, em prosseguir com os seus próprios lances em favor da Viação São Gabriel, o que foi reforçado pelo fato dela ter sido a empresa que menos lances ofertou, ou seja, que menos concorreu com as demais (apenas 14 lances ao todo contra 34 lances da licitante vencedora, a Viação São Gabriel, sendo que as empresas Cricaré e Perfer foram as que mais concorreram entre si, 21 e 20 lances, no total respectivamente).

15.2. Além desse, outros indícios de conluio então amealhados, embora não concludentes, tais como, a apresentação de proposta de preços por cada empresa licitante sempre iguais para cada lote e com uma diferença constante entre o menor preço e o preço imediatamente superior, não excedente a 0,03 (três centésimos); e a apresentação de declaração com o mesmo conteúdo por parte das empresas, no tocante às características dos veículos a serem disponibilizados; podem sim, em nossa opinião, quando confrontados com a situação encontrada da subcontratação, caracterizar uma simulação de lances entre as licitantes, no âmbito do referido pregão presencial, que levaram à obtenção do preço unitário desejado de R\$ 2,59 (dois reais e cinquenta e nove centavos).

16. Ante o exposto, entendemos que a questão principal, objeto da presente citação, que foi, na verdade, a existência de uma subcontratação quase integral de um contrato de transporte, com o ‘sobrepço’ decorrendo não do valor do serviço em si, que não pode ser adequadamente avaliado a preço de mercado, mas do fato de o mesmo ter sido subcontratado a um valor muito menor, gerando um débito resultante de valores destinados à subcontratante, sem a apresentação plausível de custos que o suportassem, não foi referida pela resposta do responsável, não elidindo, portanto, o questionamento deste Tribunal, motivo por que propomos a rejeição das presentes alegações de defesa.

16.1. Entretanto, com a devida vênia, entendemos que deveremos proceder a uma retificação com relação ao cálculo do débito imputado aos responsáveis no âmbito da instrução inicial (peça 2, p. 23-39). Essa retificação vem do seguinte raciocínio, já manifestado na presente análise (subitem 13.4.2 desta instrução):

Forma de pagamento de 1km percorrido ao custo unitário contratual de R\$ 2,59 (dois reais e cinquenta e nove centavos).	
Valor bruto =	R\$ 2,59/Km
(-) 5,30% (impostos/encargos) =	R\$ 0,14/Km
Valor líquido =	R\$ 2,45/Km
(-) Valor pago à subcontratada =	R\$ 2,30/ Km
= Valor pago à subcontratante =	R\$ 0,15/Km

16.2. Ora, transportando esse raciocínio básico para as tabelas IX e X da instrução inicial (peça 2, p. 38-39), e com vistas a garantir a proporcionalidade dos cálculos com relação aos quilômetros percorridos, constatamos que a coluna do ‘Débito Total’ deveria ter sido

calculada da seguinte forma: $H = (E/2,45) * 0,15$, visto que R\$ 2,45 seria o valor do quilômetro percorrido livre de impostos/encargos (INSS e ISS), conforme demonstrado a seguir:

Cálculo do Débito no Período de 1/6/2009 a 31/12/2010 (Preço Unitário Contratual = R\$ 2,59) – Tabela IX							
Item	Período	Proporcionalidade do Valor Subcontratado em relação ao Valor Pago à São Gabriel E = C X D (Tabela VIII)	Recursos do PNATE Aplicados/ Data do Pagamento F (Tabela VII)	Percentagem de recursos do PNATE em relação ao valor pago à São Gabriel relativamente às empresas subcontratadas G= (F/E) *100	Débito Total H= (E/2,45) * 0,15	Débito PENAT/ Data do Pagamento I= H*G	Débito Recursos Municipais J= H-I
2	1/6 a 30/6/2009	111.941,39	41.430,20 de 30/7/2009	37,01%	6.853,55	2.536,50, de 30/7/09	4.317,05
5	1/8 a 31/8/2009	90.812,16	41.347,76 de 29/9/2009	45,53%	5.559,93	2.531,44 de 29/9/09	3.028,49
8	1/9 a 30/9/2009	112.582,06	41.347,76 de 19/10/2009	36,73%	6.892,78	2.531,72 de 19/10/09	4.361,06
9	1/10 a 31/10/2009	97.079,29	83.463,35 de 26/11/2009	85,97%	5.943,63	5.109,74 de 26/11/09	833,89
11	1/11 a 30/11/2009	102.666,34	35.431,20 de 23/12/2009	34,51%	6.285,69	2.169,19 de 23/12/09	4.116,50
15	1/2 a 28/2/2010	84.979,95	6.307,83 de 25/3/2010	7,42%	5.202,85	386,05 de 25/3/2010	4.816,80
17	1/3 a 31/3/2010	121.023,39	56.305,00 de 27/4/2010	46,52%	7.409,60	3.446,95 de 27/4/10	3.962,65
21	1/5 a 31/5/2010	115.581,09	112.881,60 de 30/6/2010	97,66%	7.076,39	6.910,81 de 30/6/2010	165,58
23	1/6 a 30/6/2010	109.137,95	56.717,00 de 26/7/2010	51,97%	6.681,92	3.472,59 de 26/7/2010	3.209,33
25	1/7 a 31/7/2010	83.390,87	56.477,12 de 16/8/2010	67,72%	5.105,56	3.457,49 de 16/8/2010	1.648,07
27	1/8 a 31/8/2010	110.391,62	56.408,06 de 15/9/2010	51,10%	6.758,67	3.453,68 de 15/9/2010	3.304,99
29	1/9 a 30/9/2010	93.219,62	56.394,00 de 15/10/2010	60,49%	5.707,32	3.452,36 de 15/10/2010	2.254,96
31	1/10 a 31/10/10	76.971,85	56.393,55 de 25/11/2010	73,26%	4.712,56	3.452,42 de 25/11/2010	1.260,14
Cálculo do Débito no Período de 1/2/2011 a 25/08/2012 (Preço Unitário Contratual = R\$ 2,67) – Tabela X							
Item	Período	Proporcionalidade do Valor Subcontratado em relação ao Valor Pago à São Gabriel E = C X D (Tabela VIII)	Recursos do PNATE Aplicados/ Data do Pagamento F (Tabela VII)	Percentagem de recursos do PNATE em relação ao valor pago à São Gabriel relativamente às empresas subcontratadas G= (F/E) *100	Débito Total H= (E/2,53) * 0,15	Débito PENAT/ Data do Pagamento I= H*G	Débito Recursos Municipais J= H-I

45	1/4 a 30/4/2011	11.288,20	86.499,65 de 27/5/2011	100%	669,26	669,26 de 27/5/2011	-0-
56	1/7 a 31/7/2011	23.628,60	43.196,72 de 1/9/2011	100%	1.400,91	1.400,91 de 1/9/2011	-0-
61	1/8 a 31/8/2011	41.411,35	41.411,35 de 11/10/2011	100%	2.455,22	2.455,22 de 11/10/2011	-0-
70	1/10 a 31/10/11	34.283,21	40.352,18 de 2/12/2011	100%	2.032,60	2.032,60 de 2/12/2011	-0-
73	1/11 a 30/11/2011	91.146,70	172.430,38 de 23/12/2011	100%	5.403,95	5.403,95 de 23/12/2011	-0-
80	1/12 a 31/12/11	24.038,13	41.914,79 de 26/1/2012	100%	1.425,19	1.425,19 de 26/1/2012	-0-
TOTAL					93.577,59	56.298,06	37.279,53

16.3. Observe-se que, com base nesse novo procedimento para cálculo do débito, dividindo-se o valor subcontratado pago à Viação São Gabriel (Coluna E) pelo preço unitário de R\$ 2,45 (preço unitário já descontado os impostos/encargos), obtém-se a quantidade de quilômetros percorridos, que deve se manter constante. Assim, o resultado dessa divisão, que representa a quantidade de quilômetros percorridos, se multiplicada por R\$ 2,30, resultará no valor a ser pago à subcontratada e, se multiplicada por R\$ 0,15, resultará no débito, ou seja, no valor pelo qual a Viação São Gabriel foi remunerada.

16.3.1. O mesmo raciocínio se aplica para o período de 1/2/2011 a 25/08/2012 (Preço Unitário Contratual = R\$ 2,67 – Tabela X), pois dividindo-se o valor subcontratado pago à Viação São Gabriel (Coluna E) pelo preço unitário de R\$ 2,53 (preço unitário já descontado os impostos/encargos), obtém-se a quantidade de quilômetros percorridos, que deve se manter constante. Assim, o resultado dessa divisão, que representa a quantidade de quilômetros percorridos, se multiplicada por R\$ 2,38 (preço subcontratado reajustado pelo mesmo índice de 3,38%), que resultará no valor a ser pago à subcontratada e, se multiplicada por R\$ 0,15, resultará no débito, ou seja, no valor pelo qual a Viação São Gabriel foi remunerada.

16.4. Do modo como o cálculo do débito foi feito na instrução inicial (peça 2 – p. 38-39), não se descontou do preço unitário (R\$ 2,59) o valor dos impostos/encargos (R\$ 0,14). Dessa forma, quando se dividia o valor subcontratado pago à Viação São Gabriel (Coluna E) pelo preço unitário bruto de R\$ 2,59, obtinha-se uma quantidade de quilômetros percorrida menor do que a efetivamente realizada, sendo que esse valor ao ser multiplicado por R\$ 2,30 resultava num valor subestimado a ser pago à subcontratada e, quando multiplicado por R\$ 0,29 resultava em um valor superestimado a ser remunerado à subcontratante, a Viação São Gabriel, conforme exemplificado a seguir:

Cálculo conf. Instrução Inicial	Cálculo conf. Instrução Atual
A = Valor Bruto Faturado = Quantidade de quilômetros percorridos X Preço Unitário= 50 Km X R\$ 2,59/Km= R\$ 129,50	A = Valor Bruto Faturado = Quantidade de quilômetros percorridos X Preço Unitário= 50 Km X R\$ 2,59/Km= R\$ 129,50
B = Incidência de impostos/encargos = 5,30% de R\$ 129,50= R\$ 6,86	B = Incidência de impostos/encargos = 5,30% de R\$ 129,50= R\$ 6,86
C = Valor Líquido Pago = A - B = R\$ 129,50 - R\$ 6,86 = R\$ 122,63	C = Valor Líquido Pago = A - B = R\$ 129,50 - R\$ 6,86 = R\$ 122,63
D = Quantidade de quilômetros percorridos = C/2,59 = R\$ 122,63/2,59 = 47,35 Km	D = Quantidade de quilômetros percorridos = C/2,45 = R\$ 122,63/2,45 = 50,00 Km
E = Remuneração da subcontratada= 47,35 Km X 2,30= R\$ 108,90	E = Remuneração da subcontratada = 50,00 Km X 2,30= R\$ 115,12
F= Remuneração da subcontratante = 47,35 Km X 0,29= R\$ 13,73	F= Remuneração da subcontratante = 50,00Km X 0,15= R\$ 7,51

16.5. Dessa forma, a partir dessa alteração de cálculo, a Tabela XI – Débito (peça 2, p. 39-40), ficaria conforme demonstrado abaixo:

Item	Período	Data da Ocorrência	Valor (R\$)
2	1/6 a 30/6/2009	30/7/2009	2.536,50
5	1/8 a 31/8/2009	29/9/2009	2.531,44
8	1/9 a 30/9/2009	19/10/2009	2.531,72
9	1/10 a 31/10/2009	26/11/2009	5.109,74
11	1/11 a 30/11/2009	23/12/2009	2.169,19
15	1/2 a 28/2/2010	25/3/2010	386,05
17	1/3 a 31/3/2010	27/4/2010	3.446,94
21	1/5 a 31/5/2010	30/6/2010	6.910,81
23	1/6 a 30/6/2010	26/7/2010	3.472,59
25	1/7 a 31/7/2010	16/8/2010	3.457,49
27	1/8 a 31/8/2010	15/9/2010	3.453,68
29	1/9 a 30/9/2010	15/10/2010	3.452,36
31	1/10 a 31/10/10	25/11/2010	3.452,42
45	1/4 a 30/4/2011	27/5/2011	669,26
56	1/7 a 31/7/2011	1/9/2011	1.400,91
61	1/8 a 31/8/2011	11/10/2011	2.455,22
70	1/10 a 31/10/2011	2/12/2011	2.032,60
73	1/11 a 30/11/2011	23/12/2011	5.403,95
80	1/12 a 31/12/2011	26/1/2012	1.425,19
TOTAL (a valores históricos)			56.298,06
TOTAL (a valores atualizados até 08/03/2017 – peça 21)			86.088,09
TOTAL (a valores atualizados até 12/4/2016 – data da instrução inicial contida na peça 2 – peça 22)			82.800,05

16.6. Ora, com base nessa revisão do débito, observamos que o mesmo praticamente caiu pela metade do valor apurado na instrução inicial. Assim, com relação à instauração de processos de tomada de contas especial, vale assinalar que na época da confecção da instrução inicial (peça 2) vigia a IN/TCU n.º 71, de 28/11/2012, que estabelecia em seu art. 6.º a dispensa da instauração da tomada de contas especial, na hipótese de o valor do débito atualizado monetariamente fosse inferior a R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais). Contudo, atualmente, vige a IN/TCU n.º 76, de 23/11/2016, que alterou a IN/TCU n.º 71/2012, cujo artigo 6.º passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6.º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:

I – o valor do débito for inferior a R\$ 100.000,00, considerando o modo de referenciação disposto no §3.º deste artigo;

II – houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;

(...)

§3.º Para fins da aplicação do inciso I do caput, deverá proceder-se do seguinte modo:

I – no caso de o fato gerador do dano ao erário ser anterior à data de vigência desta instrução, o original deverá ser atualizado monetariamente até a data de vigência desta instrução normativa;

II – no caso de o fato gerador do dano ao erário ser posterior à data de vigência desta instrução normativa, o valor a ser comparado com o valor-referência definido no inciso I deste artigo será o valor original do débito, sem atualização monetária.

16.7. Assim, apesar da alteração promovida pela IN/TCU n.º 76/2016 sobre a IN/TCU n.º 71/2012, no tocante ao valor do débito atualizado monetariamente estabelecido como limite mínimo a partir do qual se poderia instaurar uma tomada de contas especial (de R\$ 75.000,00 para R\$ 100.000,00), entendemos que tal mudança em nada repercute sobre o presente caso, pois mesmo com a redução verificada no débito, conforme consignado

anteriormente, se atualizarmos as parcelas dos valores nominais do mesmo para a data da confecção da instrução original (12/4/2016 - peça 2), quando ainda vigia a IN/TCU n.º 71/2012, obteríamos o valor atualizado de R\$ 82.800,05 (peça 22) que, portanto, já seria superior ao limite então estabelecido de R\$ 75.000,00. Observe-se, ainda, que o Acórdão n.º 2981/2016 – TCU – 1.ª Câmara, que autorizou a instauração da presente tomada de contas especial, foi proferido na sessão ordinária de 10/5/2016 (Ata n.º 15/2016 – 1.ª Câmara), quando ainda vigia plenamente a IN/TCU n.º 71/2012, sem as alterações processadas pela IN/TCU n.º 76/2012.

16.8. Além disso, após a citação dos responsáveis, não é mais cabível o arquivamento do processo mesmo se o débito for inferior ao limite estabelecido, nos termos do art. 19, § 1º, da IN 71/2012, alterado pela IN 76/2016.

17. Aferindo-se a boa-fé do ora responsável, nos termos do art. 202, §2.º, do Regimento Interno/TCU, propugnamos pela ocorrência objetiva da mesma, visto que a subcontratação quase que integral do objeto do Contrato n.º 108/2009 foi autorizada pelo Sr. Amadeu Boroto, então Prefeito de São Mateus, após ouvida a Procuradoria do Município (peça 7, p. 353-354) e baseada no fato dessa possibilidade jurídica encontrar-se prevista no item 6.1 do Termo de Referência do Edital do Pregão Presencial n.º 044/2009 (peça 7, p. 105 do processo apenso), assim como no item 2.1 do contrato dele resultante (peça 7, p. 259 do processo apenso).

Alegações de defesa da empresa Viação São Gabriel:

18. Em sua defesa (peça 18), a empresa Viação São Gabriel, representada pelo seu Sócio Administrador João Henrique, através de seu procurador Alexandre Augusto Kohls (peça 17), apresentou as alegações de defesa abaixo reproduzidas, cujo mérito trouxe como pontos relevantes a serem analisados: os valores praticados, a subcontratação e a realização do pregão presencial.

18.1. Sobre os valores praticados, o representante da responsável salientou que o acórdão do TCU aponta que se o contrato de 2005 fosse atualizado monetariamente no percentual de 27,7370% seria obtido em 2009 um valor de R\$ 2,30 e não de R\$ 2,59, valor este executado através do contrato 108/2009.

18.1.1. Alegou, porém, que tal assertiva apenas seria válida se todas as semelhanças e divergências entre os contratos de 2005 e 2009 fossem pontuadas, uma vez que no contrato de 2005 não era exigido a presença de acompanhantes, bem como as novas regras do DETRAN para a condução do transporte escolar exigidas no pregão presencial de 2009, como se observa na exigência contida no termo de referência, mais precisamente na cláusula n.º 6.2, que diz, in verbis:

Fornecer o veículo, objeto da locação, e substituí-lo em caso de quebra ou avaria, por veículo com as mesmas características do veículo original, e no tocante a ano/modelo, o novo veículo deverá ser igual, ou melhor do que o veículo substituído, assim como colocá-lo em perfeitas condições de utilização, no prazo de no máximo 24 horas, sob pena de rescindida a locação. Os veículos e seus condutores devem estar em conformidade com o que diz o Código de Trânsito Brasileiro sobre o transporte escolar em seus Artigos 136, 137 e 138 e Instrução de Serviço n.º 26 de 15/04/2005 (DETRAN/ES).

18.1.2. Nesse diapasão externou que ao se acrescentar acompanhantes e novas exigências contratuais, novos custos surgiram e uma complementação na composição do preço se fez necessária.

18.1.3. Acrescentou, ainda, que o valor do transporte escolar executado pelo Município de São Mateus era o menor entre os Municípios pesquisados.

18.1.4. Dessa forma, a título explicativo, considerou que se cada um dos 25 acompanhantes escolar recebesse um salário mínimo e respectivos encargos sociais tal soma já seria suficiente para absorver a diferença ora questionada (anexo I do Contrato 108/2009).

18.2. Com relação à subcontratação, frisou que a Viação São Gabriel, enquanto contratada da Administração Pública não pode ser penalizada por atos que não dizem respeito à sua conduta, uma vez que realizou todo o serviço para o qual fora contratada, não assistindo razão para nenhuma devolução, visto que a subcontratação foi devidamente autorizada pelo poder público e previamente expresso no edital, conforme ditames estabelecidos pelo TCU:

A subcontratação parcial da obra, serviço ou fornecimento de bens só deve ser implementada quando houver sido prevista no edital da licitação e no respectivo contrato. É possível admiti-la sem que estejam presentes tais requisitos, em caráter excepcional, quando restar demonstrada a ocorrência de fato superveniente que a torne conveniente para a administração. Auditoria realizada nas prefeituras municipais de Minas Novas/MG, Governador Valadares/MG e Teófoli Otoni/MG avaliou a regularidade na aplicação dos recursos em programas ligados ao transporte escolar. Destaque-se, entre os achados de auditoria, o seguinte indício de irregularidade, verificado no âmbito da Prefeitura municipal de Governador Valadares/MG: ‘a) ter permitido que as empresas vencedoras do pregão presencial 218/2010, referente a transporte escolar de 2011 delegassem a execução de partes majoritárias dos serviços à cooperativa CP Transleste, sem que o edital correspondente ao processo licitatório possibilitasse tal subcontratação...’. A unidade técnica considerou indevida a terceirização da execução de transporte escolar sem autorização da Administração. Considerou, contudo, ao acolher parcialmente as razões invocadas pelo responsável, que ‘a subcontratação, mesmo sem previsão editalícia ou contratual, por si só, não é ilegal’. Anotou que tal entendimento foi externado pelo Tribunal em decisão proferida por meio do Acórdão n.º 5532/2010 – 1.ª Câmara, que tem o seguinte sumário: 1. A subcontratação parcial de serviços contratados não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato, bastando apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos, entendimento que se deriva do art. 72 da Lei 8.666/1993 e do fato de que, na maioria dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração’. O relator invocou, então, o disposto nos arts. 72 e 78, inciso VI, da referida lei: ‘Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. [...] Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial (...), não admitidas no edital e no contrato’ – grifos do relator. Acrescentou que a decisão citada pela unidade técnica ‘não traduz o entendimento majoritário no âmbito desta Corte de Contas’. Passou, em seguida, a elencar deliberações do Tribunal, no sentido de ser lícita a subcontratação parcial de obra, serviço ou fornecimento, desde que tenha sido previamente prevista no edital e conste do respectivo contrato (Acórdãos n.º 1045/2006, n.º 2831/2009 e n.º 2992/2011, todos do Plenário e Acórdão n.º 717/2011 – 2.ª Câmara, entre outras). Concluiu, então, que, ‘a luz da jurisprudência do TCU, a regra é no sentido de que o edital da licitação, cuja minuta de contrato lhe é anexa, preveja a subcontratação, admitindo-a expressamente, discriminando inclusive quais itens (partes) do objeto poderão ser subcontratados. Concluiu, portanto, que a subcontratação não prevista no edital e no contrato ‘deve ser vista não como regra, mas sim como hipótese absolutamente excepcional, extraordinária, resultante de fato superveniente, de forma a atender, aí sim, na expressão usada pela unidade técnica, ‘uma conveniência da administração’...’. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu dar ciência ao Município de Governador Valadares/MG quanto à: subcontratação do transporte escolar em favor de cooperativas, por parte de empresas vencedoras de processo licitatório em 2011, sem que houvesse previsão editalícia e contratual, tampouco aprovação pela Administração municipal, em flagrante contrariedade ao disposto nos arts. 72 e 78, VI, da Lei n.º 8.666/93, e à jurisprudência majoritária deste Tribunal’. Precedentes mencionados: Acórdãos n.º 1045/2006, n.º 2831/2009 e n.º 2992/2011, todos do Plenário e Acórdão n.º 717/2011 – 2.ª Câmara. Acórdão n.º 3378/2012 – Plenário, TC – 026.757/2011-7, rel. Min. José Jorge, 5.12.2012.

18.2.1. Ressaltou que o presente assunto foi periciado junto à Polícia Federal, a qual de forma clara, em seu laudo pericial e em seu Relatório Final assim se posicionou:

Assim, de acordo com o que fora apurado, considerando os esclarecimentos prestados e laudo pericial, não foi constatada prática dos crimes de fraude à licitação (art. 90, da Lei 8.666/93) e modificação indevida na execução do contrato n.º 108/2009 (art. 92 da Lei 8.666/93), haja vista previsão de subcontratação no Edital (fls. 70 do apenso I) e valores praticados correspondem ao valor médio de mercado para localidade de São Mateus ... (grifos da defendente).

18.2.2. Acrescentou que, não bastasse o respaldo da Polícia Federal, o FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, após analisar todo o supracitado expôs, em síntese, que:

(...) Não houve divergência entre o informado pela Prefeitura e o aferido pela equipe de Auditoria, conforme cópias dos discos tacógrafos dos roteiros acompanhados. Ressalta-se que algumas rotas não apresentam as mesmas medidas desde 2005, tendo sido alteradas pela necessidade de adequação à geografia do transporte escolar no Município, onde os alunos pertencem a famílias de trabalhadores rurais que trocam de fazenda, por conta do trabalho, em determinados períodos do ano. Essa demanda exige a mudança periódica dos percursos realizados (...). Dessa forma, conclui-se não ter havido prejuízo ao Programa no que tange a utilização dos recursos transferidos pela FNDE à conta do PNATE (...). (grifos da defendente).

18.2.3. Esclareceu, ainda, que, como bem se pode concluir da leitura do relatório do FNDE, todas as linhas possuíam discos tacógrafos e os pagamentos ficavam atrelados a sua leitura.

18.3. A respeito do pregão presencial de 2009, consignou que, conforme jurisprudência desta Corte de Contas, para a modalidade pregão, não havia a necessidade de um quantitativo mínimo de participantes, ou seja, não assistiria razão para a alegação de que as empresas supostamente se combinaram para simular uma sessão de licitação, uma vez que seria indiferente a participação de 01, 02, 03, 04 ou 05, visto que apenas para a modalidade convite é que a presença de mais participantes se faz necessária, com base no disposto a seguir:

Comprovação das limitações do mercado ou do manifesto desinteresse dos convidados, para a não repetição do convite ante a ausência de três propostas válidas. Por meio do Acórdão n.º 2.416/2009 – Plenário, foi aplicada multa aos membros da comissão permanente de licitação da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), motivada, entre outras irregularidades, pela ausência injustificada da repetição do Convite n.º 0.208.915.06-8, haja vista não terem sido apresentadas três propostas válidas. Ao apreciar embargos de declaração opostos contra o aludido acórdão, não obstante deixar assente que a conduta dos embargantes não deveria ser analisada isoladamente, ‘visto que é prática contumaz da Petróleo Brasileiro S/A a ausência injustificada de repetição de procedimento licitatório na modalidade convite, mesmo quando não apresentadas três propostas válidas’, o relator ponderou que o TCU, em situações semelhantes, tem relevado a aplicação de sanção pecuniária, limitando-se a determinar à Petrobrás a adoção de ‘medidas preventivas’. Considerou, no entanto, importante salientar que o afastamento da aplicação de multa aos recorrentes ‘não significa salvo conduto ou o acolhimento da tese de inaplicabilidade àquela empresa estatal do disposto no art. 22, §§3.º e 7.º, da Lei n.º 8.666/93 e do Enunciado n.º 248 da Súmula de Jurisprudência do TCU’. Ao contrário, ‘com base em aplicação analógica do código penal brasileiro, não caracteriza excludente de ilicitude ou inexigibilidade de conduta diversa a aplicação de regulamento autônomo da Petrobrás, mesmo que os embargantes estejam cientes de flagrante afronta à Constituição e à Lei’. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu acolher os embargos para atribuir-lhes, excepcionalmente, efeitos infringentes, excluindo-se a sanção pecuniária imputada aos membros da comissão permanente de licitação. Além disso, deliberou o Pleno no sentido

de ‘alertar à Petrobrás que, doravante, a repetição da desobediência ao disposto no art. 22, §§ 3.º e 7.º, da Lei n.º 8.666/1993 e do Enunciado n.º 248 da Súmula de Jurisprudência do TCU[...] poderá sujeitar os agentes infratores à sanção pecuniária prevista em lei, sejam esses agentes empregados executores de normas internas da empresa, eivadas de irregularidade, sejam esses dirigentes omissos no dever de promoverem a adequação de suas normas internas à Lei n.º 8.666/1993 e às reiteradas deliberações desta Corte.’ Precedentes citados: Decisão n.º 524/99 – Plenário; Acórdãos n.ºs 101/2004, 256/2006, 1.501/2006, 1.732/2009 e 1.523/2010, todos do Plenário; Acórdão n.º 2.602/2003-1.ª Câmara; Acórdãos n.ºs 56/2004 e 54/2006, ambos da 2.ª Câmara. Acórdão n.º 1437/2010 – Plenário, TC – 015.685/2007-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 23.06.2010. (grifos da defendente).

18.3.1. Informou, ainda, que após todas as fases de lance, a empresa Viação São Gabriel se sagrou vitoriosa em todos os lotes, com valores de R\$ 2,62 para o lote 01; R\$ 2,59 para o Lote 02; R\$ 2,64 para o lote 03, e R\$ 2,71 para o lote 04, mas que após a fase de disputas a empresa concordou em reduzir os valores de todos os lotes para R\$ 2,59, ou seja, segundo o representante da responsável, restou comprovado que a referida empresa não possuía interesse algum em qualquer tipo de combinação, uma vez que mesmo após a fase de lances a mesma ainda reduziu o seu valor, por mera liberalidade sua, uma vez que não há instrumentos legais que a obrigasse a realizar tal procedimento.

19. Assim, entendendo que não assiste razão para que a empresa Viação São Gabriel faça devolução de quaisquer valores, uma vez que todo o serviço foi prestado a contento, dentro dos valores pactuados com o Município de São Mateus, mediante autorização deste e sempre atendendo ao princípio da legalidade e da moralidade, bem como aos termos contratuais, o representante da responsável requereu que fosse julgada improcedente ‘in totum’ a presente Tomada de Contas Especial.

Análise das alegações de defesa da empresa Viação São Gabriel:

20. A maior parte das alegações de defesa apresentadas pela empresa responsável, tem conteúdo idêntico às do Sr. Amadeu Boroto, ex-prefeito de São Mateus, as quais já foram analisadas anteriormente nos itens 12, 13, 14, 15, 16 e respectivos subitens, o que motivou, inclusive, a proposta pela rejeição das mesmas.

21. Quanto à alegação do representante da ora defendente de que, enquanto contratada da Administração Pública, não poderia ser penalizada por atos que não diziam respeito à sua conduta, uma vez que realizou todo o serviço para o qual fora contratada, não assistindo razão para nenhuma devolução, visto que a subcontratação foi devidamente autorizada pelo poder público e previamente expressa no edital, conforme ditames estabelecidos pelo TCU, cumpre primeiramente esclarecer que em que pese ter sido prevista em edital, em contrato e ter sido autorizada pela autoridade competente, a subcontratação solicitada pela empresa contratada, na forma como ocorreu, de maneira quase integral, deu-se em desacordo com o entendimento deste Tribunal, manifestado em várias oportunidades.

21.1. Com efeito, sobejam várias decisões no âmbito deste Tribunal que questionam a subcontratação integral em contratos administrativos, conforme disposto a seguir:

A subcontratação total do objeto, em que se evidencia a mera colocação de interposto entre a Administração Pública contratante e a empresa efetivamente executora (subcontratada), é irregularidade ensejadora de débito, o qual corresponde à diferença entre os pagamentos recebidos pela empresa contratada e os valores por ela pagos na subcontratação integral. (Acórdão 1464/2014 – Plenário. Relator: André de Carvalho).

A subcontratação total do objeto, em que se evidencia a mera colocação de pessoa interposta entre a administração pública contratante e a empresa efetivamente executora (subcontratada), é situação ensejadora de débito, o qual corresponde à diferença entre os pagamentos recebido pela empresa contratada e os valores por ela pagos na subcontratação integral. Pelo débito respondem, em regime de solidariedade, a empresa

contratada e os gestores que permitiram a subcontratação total. (Acórdão 2089/2014 – Segunda Câmara. Relator: 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. Relator: André de Carvalho).

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 983/2012 – Plenário. Relator: Augusto Sherman).

A subcontratação integral do objeto pactuado desnatura o certame licitatório e justifica a apenação do agente que a autorizou. (Acórdão 954/2012 – Plenário. Relator: Ana Arraes).

Não é admitida a subcontratação integral em contratos administrativos. (Acórdão 8657/2011 – Segunda Câmara. Relator: André de Carvalho).

Não é admitida a subcontratação integral em contratos administrativos. (Acórdão 774/2007 – Plenário. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti).

21.2. Ademais, a solidariedade da empresa contratada em relação ao ex-Prefeito de São Mateus é clara e notória, pois infere-se que foi justamente por não possuir a totalidade de veículos requeridos na licitação para a operacionalização do contrato dela resultante [54 ônibus = Lote 1 (21 ônibus); Lote 2 (17 ônibus); Lote 3 (14 ônibus); e Lote 4 (2 ônibus)], ao contrário do que foi por ela declarado no âmbito do procedimento licitatório (peça 7, p. 103 c/c p. 120 e p. 210-212 do processo apenso) que a referida empresa solicitou àquela Prefeitura, a transferência para terceiros da execução de 75% do objeto do Contrato n.º 108/2009, firmado com a Prefeitura de São Mateus, com a finalidade de fornecer transporte escolar aos alunos da rede municipal e estadual do Município, resultando dessa transferência o débito apurado na ordem de R\$ 81.032,31, a valores atualizados até 1/1/2017, correspondente à sua mera intermediação.

22. Nesse sentido, somos, também, pela rejeição das alegações de defesa apresentadas pelo representante da empresa defendente.

23. Examinando-se, agora, a boa-fé da empresa responsável, nos termos do art. 202, §2.º, do Regimento Interno/TCU, tem-se que esta somente pode ser analisada em relação à conduta humana, não podendo ser avaliada em relação à pessoa jurídica.

23.1. Diante, pois, da impossibilidade de se aferir boa ou má-fé, por parte do ente jurídico, é pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de que deve ser-lhe proporcionado o mesmo tratamento dispensado aos responsáveis cuja conduta é revestida de boa-fé (conf. Acórdão 3.375/2006-Segunda Câmara e Acórdão 609/2010-Segunda Câmara).

CONCLUSÃO

24. Em face da análise promovida nos itens 12, 13, 14, 15, 16, 20, 21, 22 e 23, e respectivos subitens da Seção Exame Técnico, propõe-se rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos Sr. Amadeu Boroto, ex-prefeito de São Mateus e pela empresa Viação São Gabriel, uma vez que não foram suficientes para elidir as irregularidades a eles atribuídas.

24.1. No tocante à aferição da ocorrência de boa-fé em suas condutas, conforme determina o mandamento contido no § 2º do art. 202 do RI/TCU, entende-se que constam dos autos elementos que permitem reconhecê-la, conforme itens 17 e 23 e 23.1 da Seção 'Exame Técnico'. Assim, em não havendo outra irregularidade nas presentes contas, propõe-se que sejam rejeitadas as alegações de defesa dos Srs. Amadeu Boroto e da empresa Viação São Gabriel, fixando-lhes novo e improrrogável prazo para recolhimento da importância devida, acrescida de atualização monetária, ao cofre credor, conforme disposto no art. 202, § 3º, do RI/TCU

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

25. Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo ao Tribunal:

a) rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Amadeu Boroto, CPF n.º 364.435.307-72, e pela empresa Viação São Gabriel, CNPJ n.º 27.492.479/0001-87;

b) fixar novo e improrrogável prazo de quinze dias, a contar das notificações, com fundamento no art. 12, §§ 1º e 2º, da Lei 8.443/1992 e art. 202, §§ 2º e 3º, do Regimento Interno, para que o Sr. Amadeu Boroto e a empresa Viação São Gabriel efetuem e comprovem, perante este Tribunal, o recolhimento das quantias a seguir especificadas aos cofres do Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação - FNDE, atualizadas monetariamente a partir das datas indicadas até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR ORIGINAL (R\$)
30/7/2009	2.536,50
29/9/2009	2.531,44
19/10/2009	2.531,72
26/11/2009	5.109,74
23/12/2009	2.169,19
25/3/2010	386,05
27/4/2010	3.446,94
30/6/2010	6.910,81
26/7/2010	3.472,59
16/8/2010	3.457,49
15/9/2010	3.453,68
15/10/2010	3.452,36
25/11/2010	3.452,42
27/5/2011	669,26
1/9/2011	1.400,91
11/10/2011	2.455,22
2/12/2011	2.032,60
23/12/2011	5.403,95
26/1/2012	1.425,19

Valor atualizado até 08/03/2017: R\$ 86.088,09 (peça 21)

c) informar o Sr. Amadeu Boroto e a empresa Viação São Gabriel de que a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente saneará o processo e permitirá que as contas sejam julgadas regulares com ressalva, dando-lhes quitação, nos termos do § 4º do art. 202 do Regimento Interno, ao passo que a ausência dessa liquidação tempestiva levará ao julgamento pela irregularidade das contas, com imputação de débito a ser atualizado monetariamente e acrescido de juros moratórios nos termos do art. 19 da Lei 8.443/1992, bem como à aplicação da multa prevista no art. 57 da mesma Lei 8.443/1992.”

3. O MP/TCU, representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, manifestou-se de acordo com a proposta de encaminhamento oferecida pela Secretaria de Controle Externo no Espírito Santo (peça 26).

É o relatório.

Proposta de Deliberação

Trata-se de tomada de contas especial autuada pela conversão de representação (acórdão 2981/2016-TCU-1ª Câmara, TC 007.157/2013-4) em que foram inicialmente apuradas irregularidades no pregão presencial 44/2009, conduzido pela prefeitura de São Mateus/ES, para contratação de serviços de transporte escolar.

4. Os recursos federais foram repassados ao município para custear, parcialmente, o transporte escolar à conta da ação orçamentária “Apoio ao Transporte Escolar na Educação Básica”, no âmbito do Programa Brasil Escolarizado, tendo como objetivo “garantir a oferta de transporte escolar aos alunos do ensino público, residentes em área rural, por meio de assistência financeira, em caráter suplementar, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de modo a garantir-lhes o acesso e a permanência na escola”.

5. As irregularidades encontradas, imputadas ao ex-prefeito, Sr. Amadeu Boroto, e à empresa contratada, Viação São Gabriel Ltda., referem-se à subcontratação (ainda que prevista no edital e autorizada pela prefeitura) de empresas que haviam participado do certame, no total de 75% das linhas do contrato 108/2009, assinado em 26/5/2009, entre o município de São Mateus e a referida empresa, resultado do pregão 44/2009.

6. Evidenciou-se, segundo a instrução, (i) burla ao processo licitatório e locupletamento da empresa vencedora do certame, haja vista que foram subcontratadas duas das três empresas participantes do pregão por preço inferior ao por elas ofertado em todos os lotes do pregão ; (ii) enriquecimento ilícito da empresa contratada, Viação São Gabriel Ltda.; e (iii) superfaturamento, apurado pela comparação entre o valor do contrato 108/2009 e os de outros, anteriormente, firmados pelo município, devidamente atualizados para servirem de referencial à atual contratação.

7. Os responsáveis apresentaram alegações de defesa, após serem citados nos seguintes termos (peças 9 e 10):

“O débito é decorrente da subcontratação quase integral e onerosa do objeto do Contrato 108/2009, traduzindo burla ao procedimento licitatório, enriquecimento sem causa e superfaturamento, sendo violadas as seguintes disposições normativas: art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal/88 e os artigos 2º, 3º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993”.

8. Dentre as alegações apresentadas pelo Sr. Amadeu Boroto, todas devidamente analisadas pela unidade instrutiva, dou destaque àquela em que o ex-prefeito defende a subcontratação sustentando “que o valor indicado na representação surge em razão de suposta subcontratação nos anos de 2009 até 2012, mas se observou que a Municipalidade contratou serviço de transporte escolar ao invés de locação de veículos e que a prestação do serviço vai além da simples operação dos ônibus, sendo incluída no contrato e de responsabilidade da contratada a administração do contrato, a qual era mantida integralmente pela Viação São Gabriel, conforme observa-se de algumas cópias de notificação realizadas diretamente à contratada” (peça 11, p. 8).

9. Do mesmo modo, a empresa contratada, Viação São Gabriel, argumenta, para demonstrar sua boa-fé, que “após todas as fases de lance, a empresa Viação São Gabriel se sagrou vitoriosa em todos os lotes, com valores de R\$ 2,62 para o lote 01; R\$ 2,59 para o lote 02; R\$ 2,64 para o lote 03, e R\$ 2,71 para o lote 04, mas que após a fase de disputas a empresa concordou em reduzir os valores de todos os lotes para R\$ 2,59, ou seja, resta comprovado que não possuía interesse algum em qualquer tipo de combinação, uma vez que mesmo após a fase de lances a mesma ainda reduziu o seu valor, por mera liberalidade sua, uma vez que não há instrumentos legais que a obrigasse a realizar tal procedimento” (peça 18, pp. 7 e 8).

10. A Secex-ES analisou (peça 23) as defesas e acolheu apenas às relacionadas ao impacto causado no valor do contrato devido à obrigatoriedade de presença de acompanhantes nos ônibus

escolares e ao valor recolhido em razão dos impostos, conforme consta do relatório que faz parte desta deliberação.

11. Quanto ao recolhimento de impostos, a unidade instrutiva constatou ter havido erro no cálculo do dano ao erário, inicialmente indicado como sendo de R\$ 0,29/km, o qual deverá ser reduzido para R\$ 0,15/km, em razão da necessidade de dedução de 5,30% (referentes ao INSS e ao ISS) sobre o valor do contrato 108/2009, R\$ 2,59, correspondendo a R\$ 0,14.

12. A unidade instrutiva conclui pela rejeição parcial das alegações de defesa, quantificou o débito e formulou a seguinte proposta de encaminhamento, à qual anuiu o MP/TCU, representado pelo procurador Júlio Marcelo de Oliveira:

“a) rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Amadeu Boroto, CPF n.º 364.435.307-72, e pela empresa Viação São Gabriel, CNPJ n.º 27.492.479/0001-87;

b) fixar novo e improrrogável prazo de quinze dias, a contar das notificações, com fundamento no art. 12, §§ 1º e 2º, da Lei 8.443/1992 e art. 202, §§ 2º e 3º, do Regimento Interno, para que o Sr. Amadeu Boroto e a empresa Viação São Gabriel efetuem e comprovem, perante este Tribunal, o recolhimento das quantias a seguir especificadas aos cofres do Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação - FNDE, atualizadas monetariamente a partir das datas indicadas até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

29/9/2009

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR ORIGINAL (R\$)
30/7/2009	2.536,50
2.531,44	
19/10/2009	2.531,72
26/11/2009	5.109,74
23/12/2009	2.169,19
25/3/2010	386,05
27/4/2010	3.446,94
30/6/2010	6.910,81
26/7/2010	3.472,59
16/8/2010	3.457,49
15/9/2010	3.453,68
15/10/2010	3.452,36
25/11/2010	3.452,42
27/5/2011	669,26
1/9/2011	1.400,91
11/10/2011	2.455,22
2/12/2011	2.032,60
23/12/2011	5.403,95
26/1/2012	1.425,19

Valor atualizado até 08/03/2017: R\$ 86.088,09 (peça 21)

c) informar o Sr. Amadeu Boroto e a empresa Viação São Gabriel de que a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente saneará o processo e permitirá que as contas sejam julgadas regulares com ressalva, dando-lhes quitação, nos termos do § 4º do art. 202 do Regimento Interno, ao passo que a ausência dessa liquidação tempestiva levará ao julgamento pela irregularidade das contas, com imputação de débito a ser atualizado monetariamente e acrescido de juros moratórios nos termos do art. 19 da Lei 8.443/1992, bem como à aplicação da multa prevista no art. 57 da mesma Lei 8.443/1992”.

II

13. Como registrado no relatório, a presente tomada de contas especial teve origem em representação da Secex-ES, a partir do conhecimento da conversão de procedimento administrativo em inquérito civil público conduzido pela Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo, destinado a apurar possíveis irregularidades na contratação de transporte escolar por parte da prefeitura municipal de São Mateus-ES.

14. Os recursos federais foram repassados ao município para custear, parcialmente, o transporte escolar à conta da ação orçamentária “Apoio ao Transporte Escolar na Educação Básica”, no âmbito do Programa Brasil Escolarizado, tendo como objetivo “garantir a oferta de transporte escolar aos alunos do ensino público, residentes em área rural, por meio de assistência financeira, em caráter suplementar, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de modo a garantir-lhes o acesso e a permanência na escola”.

15. A instrução da unidade instrutiva (i) destaca a autorização dada pelo então prefeito, logo após a assinatura do contrato, para que a licitante vencedora, Viação São Gabriel, transferisse para terceiros, parcial ou integralmente, a execução do objeto do contrato, o que, entende, constituiu burla à licitação; (ii) conclui pela ocorrência de superfaturamento e de locupletamento da referida empresa, em razão da subcontratação de 75% do objeto contratual, beneficiando-se, assim, da diferença entre o valor contratual ajustado, e recebido do município, e o valor que pagou às subcontratadas:

“3. Dentre as irregularidades apuradas destaca-se o fato de que, logo após a assinatura do Contrato n.º 108/2009, resultante do Pregão Presencial n.º 044/2009, a Prefeitura Municipal de São Mateus autorizou a contratada, Viação São Gabriel, a transferir para terceiros parcial ou integralmente a execução o objeto do contrato em relevo, o que constitui motivo de burla à licitação, violando o princípio da licitação contido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal/88 e os artigos 2.º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993.

4. Deste modo, a Viação São Gabriel, após autorização daquela prefeitura, transferiu para a execução de terceiros 75% (setenta e cinco por cento) do objeto contratual, retendo para si o valor de R\$ 0,29/km rodado, resultante da diferença entre o preço contratado junto à Prefeitura de São Mateus/ES (R\$ 2,59) e o preço subcontratado junto a terceiros (R\$ 2,30), sendo que essa diferença de preços entre o que foi contratado e o que foi subcontratado, traduziu-se em um superfaturamento e no locupletamento da empresa contratada (Viação Águia Branca), às custas não só de recursos municipais, mas também federais, tendo em vista a utilização de recursos do Programa Nacional do Transporte Escolar – PNATE, oriundo do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, no pagamento das faturas por ela emitidas, resultando, portanto em um dano ao erário federal, objeto da jurisdição deste Tribunal” (Peça 23, p.1).

16. Observa a secretaria que foram subcontratadas empresas que haviam participado do referido pregão, em competição com a subcontratante.

17. Ainda sobre a subcontratação, chamou a atenção da Secex-ES o fato de o valor subcontratado (R\$ 2,30/km) corresponder ao valor anteriormente pago no contrato então vigente corrigido pelo percentual de ajuste acumulado apurado pela própria prefeitura (calculado em 27,3770%). Esse, portanto, seria, na ausência de orçamento detalhado em planilha, o preço presumido a balizar a nova licitação:

“12. Com relação à elevação do preço unitário do quilômetro praticado no transporte escolar constatada originalmente pela CGU (peça 7, p. 27-28 do processo apenso TC – 007.157/2013-4), que no início do Contrato n.º 12/2005 era em média de R\$ 1,81/Km, passando ao final do referido contrato, em março de 2009, para R\$ 2,31/Km, após aplicado o reajuste acumulado de 27,3770% informado pela própria Prefeitura de São Mateus, valor este, portanto, inferior ao de R\$ 2,59/Km, obtido pelo Pregão Presencial n.º 044/2009, é natural que tal diferença (R\$ 0,29/Km) tenha chamado atenção, principalmente se considerarmos que a mesma, coincidentemente, foi utilizada nas subcontratações efetuadas pela empresa Viação São Gabriel, vencedora daquele pregão, para remunerar a si mesma, com a anuência daquela prefeitura.

12.1. Sem falar no fato, é claro, de que ao final da vigência do Contrato n.º 12/2005, em março de 2009, foi firmado o Contrato Emergencial n.º 55/2009 (peça 9, p. 79-99 do processo apenso TC – 007.157/2013-4), cujo preço médio do quilômetro percorrido era de R\$ 2,11, apurando-se, portanto, um aumento na ordem de 22% entre este contrato emergencial e o preço

de R\$ 2,59/Km do Contrato n.º 108/2009, de 26/5/2009, decorrente do Pregão Presencial n.º 044/2009.

12.2. Com efeito, o procedimento correto, porém, não adotado pela Prefeitura de São Mateus, previamente à realização do procedimento licitatório (Pregão Presencial n.º 044/2009) que levou à referida contratação pelo preço unitário de R\$ 2,59/Km, seria a elaboração de um orçamento detalhado em planilhas que expressasse a composição de todos os custos unitários do serviço que seria licitado, nos termos do disposto no inciso II, do §2.º do art. 7.º da Lei 8.666/93 ('As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: (...) existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários'), uma vez que tal orçamento forneceria uma referência paramétrica confiável para a Administração, a ser balizada com os preços praticados pelos municípios vizinhos.

12.3. Esta Corte de Contas tem entendido que o demonstrativo do orçamento deve constar como anexo aos editais de licitações, qualquer que seja a sua modalidade, conforme estabelece o art. 40, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993, e conforme precedentes Acórdãos 697/2006 - Plenário e 2.170/2008 - Plenário.

12.4. Na ausência, pois, desse orçamento detalhado em planilhas os preços unitários constantes dos contratos que antecederam ao Pregão Presencial n.º 44/2009, tais como os Contratos n.ºs 12/2005 e 55/2009, constituíam sim, um importante parâmetro para a validação do preço de R\$ 2,59/Km estipulado no âmbito do Contrato n.º 108/2009, resultante daquele pregão, o que não significa dizer que este último contrato deveria estar atrelado, por força da lei, aos que o precederam, ainda mais considerando-se as diversas variantes existentes no objeto deste último comparativamente aos contratos que o antecederam, conforme invocado pelo próprio defendente" (peça 1, p. 8).

18. A Secex-ES, com anuência do MP/TCU, representado pelo procurador Júlio Marcelo de Oliveira, conclui pela rejeição das alegações de defesa, mas propõe, por entender ser possível reconhecer a boa-fé do prefeito, seja concedido novo e improrrogável prazo para pagamento da dívida atualizada monetariamente, sem incidência de juros, e, ainda, por não ser possível avaliar a boa-fé de pessoa jurídica, que o mesmo tratamento seja a ela concedido (peça 1, p. 20):

"17. Aferindo-se a boa-fé do ora responsável, nos termos do art. 202, §2.º, do Regimento Interno/TCU, propugnamos pela ocorrência objetiva da mesma, visto que a subcontratação quase que integral do objeto do Contrato n.º 108/2009 foi autorizada pelo Sr. Amadeu Boroto, então Prefeito de São Mateus, após ouvida a Procuradoria do Município (peça 7, p. 353-354) e baseada no fato dessa possibilidade jurídica encontrar-se prevista no item 6.1 do Termo de Referência do Edital do Pregão Presencial n.º 044/2009 (peça 7, p. 105 do processo apenso), assim como no item 2.1 do contrato dele resultante (peça 7, p. 259 do processo apenso).

(...)

23. Examinando-se, agora, a boa-fé da empresa responsável, nos termos do art. 202, §2.º, do Regimento Interno/TCU, tem-se que esta somente pode ser analisada em relação à conduta humana, não podendo ser avaliada em relação à pessoa jurídica.

23.1. Diante, pois, da impossibilidade de se aferir boa ou má-fé, por parte do ente jurídico, é pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de que deve ser-lhe proporcionado o mesmo tratamento dispensado aos responsáveis cuja conduta é revestida de boa-fé (conf. acórdão 3375/2006-TCU-2ª Câmara e acórdão 609/2010-TCU-2ª Câmara)".

III

19. Regularmente citados, os responsáveis apresentaram alegações de defesa, todas devidamente analisadas pela Secex-ES e reportadas na instrução, análises que incorporo em minhas razões de decidir.

20. Concordo com as conclusões da Secex-ES, acompanhadas pelo MP/TCU, sobre a rejeição das alegações de defesa e a imputação de débito, mas dissinto da proposta de concessão de novo e improrrogável para recolhimento da dívida, ao ex-prefeito e à Viação São Miguel.

21. Inicialmente, examino a proposta de concessão de novo e improrrogável prazo à empresa, pessoa jurídica.

22. O Tribunal tem aplicado o disposto no art. 12, § 1º, da LO/TCU a entes públicos, mas a pessoas jurídicas de direito privado, empresas, é massiva a jurisprudência do Tribunal em sentido contrário, como bem registrado no seguinte voto do eminente Ministro Raimundo Carreiro (acórdão 13232/2016-2ª Câmara), em que cita outros eminentes ministros desta Corte:

“Por fim, registro evolução em meu entendimento quanto a considerar que o fato de não ser possível aferir a boa-fé de pessoa jurídica implique sistematicamente a incidência do disposto no art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno. O dispositivo determina a concessão de novo e improrrogável prazo para o recolhimento do débito, sem a incidência de juros de mora e com o julgamento pela regularidade com ressalva se recolhida tempestivamente a dívida atualizada monetariamente, quando presentes nos autos elementos que indiquem boa-fé na conduta do responsável e a inexistência de outras irregularidades.

Após a análise de outros casos de mesma natureza, da minha relatoria e da relatoria de outros ministros, concluo que não se aplica a solução para pessoa jurídica de direito privado. Nesse sentido, cito voto que informou o Acórdão n.º 1.723/2016-Plenário, que relatei, em que acompanho o voto revisor proferido pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman. Útil transcrever-lhe o seguinte excerto:

‘18. A meu ver, diante da ausência, ou da impossibilidade, de comprovação de boa-fé, afasta-se a adoção do referido procedimento preliminar ao julgamento das contas.

19. Vislumbro que, em homenagem ao interesse público, o Tribunal confere tratamento diferenciado às pessoas jurídicas de direito público. Pode-se entender que, excepcionalmente, o Tribunal confere a essas entidades a presunção de boa-fé, ou então que lhes concede o direito ao referido procedimento preliminar apesar da impossibilidade de aferição de boa-fé.

20. Assim, por exemplo, ao imputar débito a determinado Município, entidade que representa a coletividade que ali reside e atua, o interesse público move o Tribunal no sentido de lhe conceder um novo e improrrogável prazo para recolhimento do débito, livre dos juros de mora, o que permitirá o julgamento pela regularidade com ressalvas das contas do Município.

21. Não há razão para conferir a mesma excepcionalidade às pessoas jurídicas de direito privado, sejam elas entidades convenientes, sejam elas empresas contratadas para a execução dos serviços pactuados. Nesses casos, como o ora em análise, aplica-se a regra regimental: não havendo a efetiva comprovação de boa-fé, afasta-se o procedimento preliminar de concessão de novo e improrrogável prazo para recolhimento do débito, passando-se, de imediato, ao julgamento de mérito.

22. Com relação aos débitos apurados nos autos, observo que a Unidade Técnica propõe que as empresas contratadas e seus dirigentes sejam condenados apenas em relação aos valores efetivamente recebidos, descontando-se os tributos retidos na fonte pela conveniente. O Relator, ao propor a concessão de novo e improrrogável prazo para recolhimento do débito, estende essa condição aos demais responsáveis solidários’.

Minha posição considerou o Acórdão n.º 3.375/2006-2ª Câmara, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar. No voto que fundamentou a decisão, está registrado, em suma, que a avaliação da boa-fé em relação às consequências alcançadas pelas pessoas jurídicas deveria ocorrer em função da conduta de seus administradores, uma vez que aquela obriga-se pelos atos destes, desde que não extrapoladas suas competências. A tese foi reproduzida no voto que informou o

Acórdão n.º 5664/2014-1ª Câmara, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, e registrada no Boletim de Jurisprudência n.º 57.

Como, naquele processo, concluí que teria havido má-fé por parte dos administradores das pessoas jurídicas arroladas nos autos como responsáveis, acolhi a tese apresentada pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman.

Analisando, novamente, este caso, percebo que os atos dos administradores obrigam, mas também aproveitam à pessoa jurídica administrada. Ocorre que a cobrança de juros de mora não é sanção, é medida para o ressarcimento do custo de oportunidade da aplicação dos recursos à época do débito, ao qual incorreu o erário, possivelmente, em proveito do responsável.

Logo, em casos envolvendo pessoa jurídica de direito privado só incide o dispositivo regimental mencionado se comprovada boa-fé na conduta de seus gestores ou se estes exorbitarem de suas atribuições. Apenas neste caso, considerando-se que o Regimento Interno assim o permite e que tal medida facilita reaver o valor principal, justifica-se que se abduque de cobrar da pessoa jurídica o prejuízo advindo do fato de os recursos deixarem de ter sido aplicados, em tempo próprio, em ações de interesse da União.

Lembro que não advém de má-fé a obrigação de ressarcir aos cofres públicos todos os prejuízos advindos da conduta do responsável por geri-los. Assim, não serem cobrados os juros quando comprovada boa-fé em tal conduta não é um mero direito do responsável, mas uma concessão diante da circunstância descrita no Regimento Interno: estarem assentes nos autos evidências de boa-fé”. (grifei)

23. As condições referidas nos excertos reproduzidos acima não estão presentes no caso aqui tratado. Não há demonstração de boa-fé objetiva do administrador da Viação São Gabriel, que formulou pedido de autorização de subcontratação sem a mínima fundamentação fática. Assim como não há como reconhecer a boa-fé objetiva do sócio administrado no recebimento de valores sem evidenciação de justa causa para recebê-los. Note-se que o objeto era o transporte escolar, para o qual não se vislumbrava (e, de fato, não foram apresentadas), necessidades técnicas ou operacionais de subcontratação, como ocorre, por exemplo, em obras públicas.

24. Como bem anotou a unidade instrutiva, o pedido de autorização para subcontratar não poderia ser aceito, por contradizer os termos de declaração da empresa, anteriormente transcritos, na qual asseverava dispor de “toda a infraestrutura necessária para o fiel cumprimento do Transporte Escolar caso sejamos ganhador do pregão presencial de nº 044/2009” (peça 7, p. 266, TC 007.157/2013-4):

“7.8.7. Vê-se que, na verdade, a Viação São Gabriel buscou a subcontratação por não possuir a totalidade de veículos requeridos na licitação para a operacionalização do contrato dela resultante [54 ônibus = Lote 1 (21 ônibus); Lote 2 (17 ônibus); Lote 3 (14 ônibus); e Lote 4 (2 ônibus)]” (peça 63, TC 007.157/2013-4)”.

25. A Viação São Gabriel atuou como mera intermediária na quase integralidade do contrato (75%), e não como real prestadora de serviços e, isso, evidentemente, era do conhecimento de seu sócio administrador.

26. Quanto ao Sr. Amadeu Boroto, a unidade instrutiva entende que pode ser reconhecida a boa-fé em relação ao ato de autorizar a subcontratação de significativa parcela do objeto do contrato 108/2009, porque o fez “após ouvida a Procuradoria do Município (peça 7, p. 353-354, TC 007.157/2013-4) e baseada no fato dessa possibilidade jurídica encontrar-se prevista no item 6.1 do termo de referência do edital do pregão presencial 044/2009 (peça 7, p. 105 do processo apenso), assim como no item 2.1 do contrato dele resultante (peça 7, p. 259 do processo apenso)”.

27. Essa proposta merece melhor exame, que será feito em conjunto com a análise de ocorrência de dano ao erário.

28. Essencialmente, funda-se no fato de o responsável a quem se imputa débito por dano ao erário ter agido após ouvido o órgão jurídico do município.

29. No entanto, essa razão em si não pode ser reputada suficiente para o reconhecimento de boa-fé objetiva. É imprescindível analisar todo o contexto envolvendo a conduta do responsável para se alcançar essa conclusão, no caso concreto, e para que não se incorra no risco de, inadvertidamente, suscitar surgimento de precedente fundado em tese de que o simples ato de o responsável ouvir o órgão jurídico previamente à edição de atos que venham a ser reputados como causa de ocorrência de dano ao erário seja razão suficiente para reconhecimento de boa-fé objetiva.

IV

30. No presente processo, o ponto fulcral em questão é a ocorrência de dano ao erário originado da subcontratação quase integral do objeto do contrato. É o que passo a discutir, iniciando com o excerto da instrução em que a secretaria expõe muito bem suas análises e conclusões:

14. Retornando, agora, à questão do débito imputado aos responsáveis, verificou-se que todas as alegações do responsável se prendem à contestação de um possível valor excessivo do serviço, mas o que a citação desta Corte de Contas questiona é, na verdade, a existência de uma subcontratação praticamente integral de um contrato de transporte, com o sobrepreço decorrendo não do valor do serviço em si, mas do fato de o mesmo ter sido subcontratado a um valor muito menor, o que maculou o certame licitatório que lhe precedeu, por desconfigurar o método da escolha mais vantajosa para a administração.

14.1. Com efeito, consoante já disposto na instrução inicial (peça 2, item 7.12, p. 22), ‘não se pode falar na existência de sobrepreço em termos absolutos, visto que, (...), não haviam sido estipulados parâmetros claros e bem definidos no bojo do procedimento licitatório que possibilitassem a confrontação dos preços licitados com os preços vigentes no mercado’, o que ficou, inclusive, caracterizado no Laudo de Perícia Criminal n.º 1013/2012 – SETEC/SR/DPF/ES (peça 8, p. 112-127 do processo apenso) emitido pelo Setor Técnico Científico da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado do Espírito Santo, ao responder a vários quesitos relacionados ao caso em tela, dentre eles o seguinte: ‘2. Os valores adjudicados à empresa vencedora corresponderam ao valor médio praticado no mercado para a localidade de São Mateus?’. Resposta: ‘PREJUDICADO. Nos termos expostos no item ‘III.4. Valores Orçados e Adjudicados e Valores de Mercado’, págs. 11 e 12 do presente Laudo, a adequabilidade dos preços do KM rodado ofertados pelos licitantes, adjudicados à empresa vencedora e efetivamente contratados pela municipalidade para a prestação dos serviços de transporte escolar, consistiu em limitação ao escopo pericial, não sendo passível sua mensuração a mercado e, por conseguinte, de emissão de opinião conclusiva sob pena de vício de mérito e de exatidão. ‘ (Peça 8, p. 125 do processo apenso).

14.2. Assim, o que se questiona é por que o serviço não foi prestado diretamente pela própria Viação São Gabriel, vencedora do Pregão Presencial n.º 044/2009 pelo valor subcontratado de R\$ 2,30, a exemplo do que foi subcontratado com terceiros? Por que ao invés desse valor foi apresentado um valor superior de R\$ 2,59 à Prefeitura de São Mateus? Ora, a alegação do defendente para o fato de que o valor médio de R\$ 1,81, relativo ao Contrato n.º 12/2005, atualizado monetariamente até março de 2009 para o valor de R\$ 2,31, após o reajuste acumulado de 27,3770%, não poderia ser tomado como parâmetro para o Pregão Presencial n.º 044/2009, por encontrar-se abaixo do esperado, uma vez que nesse certame estariam previstos fatores de produção não existentes nos contratos que o precederam, a exemplo dos 25 acompanhantes, cai por terra diante da subcontratação ocorrida pouco tempo depois da celebração do Contrato n.º 108/2009.

14.3. Isto porque as empresas subcontratadas pela Viação São Gabriel arcaram com todos os custos de execução do Contrato n.º 108/2009, pelo valor unitário de apenas R\$ 2,30/km. O que significa dizer que todos os fatores de produção relativos às despesas com motoristas, acompanhantes, combustível, manutenção de veículos e outros foram cobertos por aquele valor subcontratado, sobrando, ainda, um lucro para aquelas subcontratadas, caso contrário tal relação

jurídica, ofertada pela Viação São Gabriel, não teria sido aceita pelas mesmas. Tal constatação, por conseguinte, nos leva a inferir que o custo efetivo daquele serviço, mesmo com a inclusão dos 25 acompanhantes seria, na verdade, inferior a R\$ 2,30/Km.

14.4. O que ocorreu, porém, foi a adjudicação do Contrato n.º 108/2009 para a Viação São Gabriel pelo valor unitário de R\$ 2,59/Km, com a subcontratação da maior parte das linhas pelo valor de R\$ 2,30/Km, sobrando, ainda, uma ‘comissão’ para a empresa subcontratante no valor de R\$ 0,29 ou R\$ 0,15 (após o desconto de impostos e encargos sociais), sem nenhuma justificativa plausível sobre os custos por ela suportados.

14.5. Ao que se sabe, até o momento, em nenhum lugar estava previsto que a Viação São Gabriel arcaria com os custos dos acompanhantes. Logo, a argumentação daquela empresa, reproduzida mais adiante em suas respectivas alegações de defesa, de que ‘se cada um dos 25 acompanhantes escolar recebesse um salário mínimo e respectivos encargos sociais tal soma já seria suficiente para absorver a diferença ora questionada’, fazendo referência, nesse sentido, ao débito resultante dos valores retidos pela empresa Viação São Gabriel, não tem nenhum cabimento.

(...)

16. Ante o exposto, entendemos que a questão principal, objeto da presente citação, que foi, na verdade, a existência de uma subcontratação quase integral de um contrato de transporte, com o ‘sobrepço’ decorrendo não do valor do serviço em si, que não pode ser adequadamente avaliado a preço de mercado, mas do fato de o mesmo ter sido subcontratado a um valor muito menor, gerando um débito resultante de valores destinados à subcontratante, sem a apresentação plausível de custos que o suportassem, não foi referida pela resposta do responsável, não elidindo, portanto, o questionamento deste Tribunal, motivo por que propomos a rejeição das presentes alegações de defesa.

(...)

31. Como condição de participação no certame, o edital exigiu que a empresa licitante apresentasse declaração de que atendia “plenamente os requisitos de habilitação estabelecidos no instrumento convocatório” (peça 7, p. 141, TC 007.157/2013-4), indicando a especificação de cada ônibus para fazer as rotas de transporte (peça 7, pp. 210 a 212, TC 007.157/2013-4). A Viação São Gabriel apresentou essa declaração:

“A empresa VIAÇÃO SÃO GABRIEL LTDA., com sede na Rua Pernambuco, 653, Posto Esso, CEP 29.931-560, São Mateus - ES, inscrita no CNPJ sob nº 27.492.479/0002-68, por intermédio de seu representante legal o (a) Sr. (a) João Henrique portador (a) da Carteira de Identidade nº 616.701 SPTC - ES, CPF nº 149.367.207-04, DECLARA, para fins do disposto no inciso VII, do Art. 4º da Lei nº 10.520/2.002, que cumpre plenamente os requisitos de habilitação estabelecidos no instrumento convocatório” (peça 7, p. 141, TC 007.157/2013-4).

“DECLARAÇÃO

1 - Declaro que os preços cotados incluem todos os custos e despesas necessárias ao cumprimento integral das obrigações decorrentes da licitação.

2 - Declaro que atenderemos todas as Exigências do Edital e de seus Anexos.

3 - Declaramos que, caso sejamos vencedores desta licitação, executaremos os serviços em conformidade com os termos deste Edital

4 - Declaramos que, caso sejamos vencedores desta licitação, disponibilizaremos os veículos com as devidas informações:

Lista contendo 53 ônibus, com as seguintes especificações:

Ano Fabricação Marca/modelo Capacidade

1994 Mercedes Benz / Urbannos 46 lugares

5 – Declaramos que, caso sejamos vencedores desta licitação, iremos atender todas as exigências contidas na instrução de serviço DETRAN nº 026/2005 de 15 de abril de 2005” (peça 7, pp. 210 a 212, TC 007.157/2013-4).

32. Assim, sagrando-se vencedora a Viação São Gabriel, o contrato foi com ela assinado, em 26/5/2009, (peça 7, p. 281, TC 007.157/2013-4). Em 29/5/2009, o prefeito expediu ordem de serviço início da prestação de serviços de transporte escolar (peça 7, p. 285, TC 007.157/2013-4).

33. Menos de um mês depois, em 22/6/2009, a contratada solicitou ao ex-prefeito, Sr. Amadeu Boroto, autorização para subcontratar o objeto, sem apresentar qualquer justificativa para tal pedido, nos seguintes termos:

“Viação São Gabriel Ltda [qualificação, etc...] vem respeitosamente à presença de V. Exa. requerer autorização para SUBCONTRATAR os itinerários abaixo relacionados de acordo com o contrato de prestação de serviços nº 108/2009, desta prefeitura municipal e cláusula segunda: “Item 2.1 – Não transferir a outrem, no todo ou em parte, o presente contrato, sem prévia e expressa anuência do Contratante” (peça 7, p. 348 e 349, TC 007.157/2013-4).

34. Deste requerimento destacam-se os seguintes aspectos: (1) o pedido de subcontratação abrangia a quase totalidade das linhas (75%), mas não a integralidade do contrato; (2) não há mínima justificativa sobre a necessidade de tal subcontratação, seja sobre o atendimento de algum interesse da administração, seja sobre a melhor prestação do serviço.

35. Merece especial relevo a constatação de que duas das empresas que participaram da licitação foram subcontratadas, aceitando pela execução do “sub-contrato” valor expressivamente inferior, R\$ 2,30, ao que elas ofertaram na licitação de que participaram e da qual saiu vencedora a, posteriormente, subcontratante:

Empresa	Lote	Lance (R\$)
Perfer Transportes Ltda.	1	2,88
	2	2,68
	3	2,76
	4	2,75
Cricaré Transporte Ltda.	1	2,65
	2	2,60
	3	3,09
	4	3,07

36. Ademais, note-se que a empresa B&T Transportes e Fretamentos Ltda., também participante da licitação, não foi agraciada com um subcontrato, como apontado pela unidade instrutiva em sua instrução inicial, que ressaltou a seguinte peculiaridade (peça 2, p. 18):

“(…)somente uma empresa, a B&T Transportes e Fretamentos Ltda. não firmou contrato com a Viação São Gabriel para transferência de parte de seu objeto.

7.10.8. Talvez isso se explique pelo fato de os sócios da empresa B&T Transportes e Fretamento Ltda. (Bernar Peichinho Henrique e Thiago Osmar Peichinho Mageste – peça 60, p. 1-2) serem filhos das senhoras Márcia Regina de Souza Peichinho e Ana Maria de Souza Peichinho, respectivamente, sócias da Viação São Gabriel (peça 7, p. 145)”.

37. Três dias após o pedido, em 25/6/2009, o então prefeito encaminhou ofício ao Sr. João Henrique, diretor da Viação São Gabriel, comunicando-o que autorizara não só a subcontratação parcial requerida, mas, ainda mais: a subcontratação/transferência total da execução dos serviços (peça 7, p. 353, TC 007.157/2013-4):

(...) temos a comunicar a Vossa Senhoria, que após tramitação do processo supra citado, e, consubstanciado nos pareceres da Procuradoria Municipal e Comissão Permanente de Licitação, autoriza a Empresa Viação São Gabriel Ltda, contratada pela municipalidade, através dos

contratos de prestação de serviços nº 13/2009 e nº 018/2009, a proceder subcontratação e/ou transferir a execução do serviços, total ou parcial, em conformidade com a Lei Federal nº 8666, de 21 de junho de 1993, eximindo a municipalidade de qualquer responsabilidade decorrente do feito. (...)

38. Os mencionados pareceres não foram acostados nos autos do TC 007.157/2013-4 (representação convertida nesta TCE), nem fazem parte dos autos deste processo. Não há também menção ao teor desses pareceres na defesa do ex-prefeito (peça 11, p. 1 a 23).

39. Encontra-se nos autos do mencionado TC 007.157/2013-4 um documento que, provavelmente, corresponde aos pareceres mencionados. Nesse documento (peça 7, p. 354, TC 007.157/2013-4), uma página manuscrita, um servidor, agente administrativo, do gabinete do prefeito, pede à Procuradoria Municipal “orientar se o objeto do contrato o seja a contratada pode ou não transferir para outrem”. A Procuradoria responde que a pretensão consta da já mencionada cláusula contratual, que prevê a possibilidade de subcontratação, e que o requerente deverá ser comunicado expressamente, caso seja dada a autorização. Nada há, nesse singelíssimo documento atinente a considerações sobre o interesse da administração, os motivos que autorizam a subcontratação.

40. A inexistência de motivação é confirmada pelo teor de outros documentos constantes dos autos.

41. Na resposta a demanda da CGU (peça 7, p. 61, TC 007.157/2013-4) sob o título 1.3.2.3 *Constatação “Empresa participantes do pregão presencial são subcontratadas da empresa vencedora”*, justificou o Gabinete do Prefeito: “Conforme contrato vigente a subcontratação não é vedada pelo município de São Mateus desde que solicitada pelo contratado e autorizada pelo ente público contratante, situação essa confirmada através da autorização de sub-contratação”.

42. No relatório do inquérito da Polícia Federal (peça 18, p. 60, TC 007.157/2013-4), está registrado a seguinte declaração do sócio administrador da filial da Viação São Gabriel localizada em São Mateus:

“Em relação à subcontratação de empresas para realização de parte do serviço de transporte escolar referente ao contrato 108/2009, afirmou que houve anuência da Prefeitura (...)”.

43. Posteriormente, em resposta à Procuradoria da República em São Mateus (peça 8, p. 31, TC 007.157/2013-4), no inquérito administrativo que deu origem à representação convertida nesta tomada de contas especial, a Viação São Gabriel, de forma lacônica, informou que a solicitação para subcontratar o contrato 108/2009 foi feita “por razões econômicas e financeiras, devidamente amparada pelos princípios da legalidade e da razoabilidade, dentre outros” (peça 8, p. 32, TC 007.157/2013-4).

44. Do ponto de vista normativo, o art. 72 da Lei 8666/1993 prevê que o “contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração”.

45. A subcontratação, se autorizada, é admitida somente parcialmente. E só é admissível quando seja compatível com a natureza do objeto, devendo a Administração fixar limite, para que a contratação de obras, serviços ou fornecimento não seja convolada em integral ou preponderante serviço de intermediação ou de administração de contratos, caracterizando efetiva burla ao princípio da licitação e, conseqüentemente, potencial pagamento por serviços não contratados e não executados: a intermediação/administração de contratos.

46. A esse respeito, observe-se ilustrativo excerto da defesa do ex-prefeito: era “de responsabilidade da contratada a administração do contrato, a qual era mantida integralmente pela Viação São Gabriel”, e “que o valor repassado à subcontratada de R\$ 2,30, atende perfeitamente ao princípio da economicidade, razoabilidade e legalidade” (peça 11, p. 8).

47. Sobre a subcontratação, colaciono as pertinentes análises de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos, 17ª edição, p. 1263 e seguintes):

“Há, porém, duas questões a considerar. A primeira se relaciona com os riscos de receber uma prestação mal executada. Estes riscos conduzem a Administração a exigir que o próprio licitante desempenhe as tarefas necessária ao cumprimento contratual.

A segunda tem a ver com a própria licitação. Se o particular não dispunha de condições para executar a prestação, não poderia ter sido habilitado. Aliás, apurada a inidoneidade após a habilitação, a Administração deve promover a rescisão do contrato”.

48. Nesse ponto, cabe a comparação com o caso concreto: a empresa contratada (parágrafo 29 acima), como demandado pelo edital, comprometeu-se formal e oficialmente a atender todas as condições exigidas para a perfeita execução contratual. Se as atendeu, não se vislumbrava razão para o pleito de subcontratação na extensão em que foi feito. Se fez o pleito de subcontratação, presume-se que não estaria em condições de executar integralmente o contrato, caso em que se imporia a rescisão.

49. Retomando as análises do eminente jurista:

“Daí surge a regra da impossibilidade de o contratado transferir ou cede a terceiros a execução das prestações que lhe incumbiriam. A lei autoriza, porém, que a Administração, em cada caso, avalie a conveniência de permitir a subcontratação, respeitados limites predeterminados. Para isso, será imprescindível, que a Administração avalie requisitos que atestem a regularidade no exercício das atividades da subcontratada”. (Grifamos).

50. Não houve avaliação de conveniência; não houve exposição de razões de ordem prática - que se faziam imprescindíveis, pois não é todo objeto que admite subcontratação, e quando admissível, há que se especificar para que partes e em que extensão, conforme bem explicita a continuidade da análise doutrinária:

“A hipótese da subcontratação torna-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhadas por terceiros sem que isso acarrete prejuízo. A evolução dos princípios organizacionais produziu o fenômeno denominado de “terceirização”, que deriva dos princípios da especialização e da concentração de atividades. Em vez de desempenhar integralmente todos os ângulos de uma atividade, as empresas tornam-se especialistas em certos setores.

A escolha da Administração deve ser orientada pelos princípios que regem a atividade privada. Se, na iniciativa privada, prevalece a subcontratação na execução de certas prestações, o ato convocatório deverá albergar permissão para que idênticos procedimentos sejam adotados na execução do contrato administrativo. Assim se impõe porque, estabelecendo regras diversas das práticas entre particulares, a Administração reduziria a competitividade do certame. É óbvio que se pressupõe, em todas as hipóteses, que a Administração comprove se as práticas usuais adotadas pela iniciativa privada são adequadas para satisfazer os interesses fundamentais”. (Grifamos).

51. Portanto, a autorização para subcontratar deve ser requerida pela contratada, justificadamente, e, se for o caso de ser autorizada, será concedida com base na justificativa da contratada, na avaliação da conveniência da Administração, balizada pelos requisitos legais e pela natureza do objeto.

52. Logo, a autorização para subcontratar é ilegal quando vedada pelo edital. Ainda que permitida pelo edital, é ilegal quando concedida sem motivação, sem avaliação do atendimento do interesse da Administração, sem demonstração de que é necessária à melhor execução do contrato. Nada há de excepcional nesse raciocínio.

53. No caso, a autorização para subcontratar revela-se flagrantemente ilegal, pois inexistente argumento de necessidade apresentado pela contratada; inexistente avaliação de conveniência para a

Administração; inexistentes pareceres que expusessem fundamentos fáticos dessa natureza; situações que se somam ao fato de o então prefeito ter ampliado o atendimento do pedido inicial feito pela contratada, ao autorizar subcontratação/transferência total do objeto contratual, quando foi requerido apenas subcontratação parcial, e permitindo a efetiva e concreta mutação da situação de fato da contratada: de prestadora direta de serviços para mera intermediária entre a administração municipal e as empresas que efetivamente realizaram o transporte escolar.

54. Há mesmo indícios de que a injustificada subcontratação teve por finalidade compensar empresas que “perderam” a licitação vencida pela Viação São Miguel. Compensação indicativa de possível conluio para viabilizar a contratação por preço superior ao que poderia derivar de efetiva competição, presumível como sendo aquele que as “perdedoras” aceitaram para executar serviços subcontratados pela “vencedora”, R\$ 2,30/km.

55. Nesse sentido, verificam-se trechos dos depoimentos colhidos pela Delegacia da Polícia Federal em São Mateus, em inquérito instaurado, a partir do relatório de fiscalização 034013 da Controladoria-Geral da União, “para apurar eventuais crimes de fraude à licitação (art. 90 da Lei 8.666/03) e modificação indevida na execução do contrato nº 108/2009 (art. 92 da Lei 8.666/03), celebrado ente a prefeitura de São Mateus/ES e a empresa Viação São Gabriel Ltda. na consecução dos serviços de transporte escolar”: (relatório inquérito policial 0053/2012-4-DPF/SMT/ES peça 18, p. 59 e 60)

“Pela empresa Perfer Transportes Ltda. ME, prestaram esclarecimentos na Procuradoria da República, NILZETE RODRIGUES PEREIRA e SEBASTIÃO ALDO PEREIRA DOS SANTOS.

(...)

SEBASTIÃO ALDO PEREIRADOS SANTOS alegou ter participado do Pregão nº 044/2009 e como não venceu, conseguiu que a Viação São Gabriel subcontratasse a sua empresa para realizar o transporte em algumas das linhas.

(...)

Pela empresa Cricaré Transportes Ltda. ME, prestaram esclarecimentos, na Procuradoria da República, MARLA PRANDO SOUZA, ROSIVALDO PEREIRA DA SILVA e ADAO DOS SANTOS SOUZA.

(...)

ADÃO DOS SANTOS SOUZA alegou ser o administrador de fato da empresa Cricaré Transportes Ltda e como não venceu, conseguiu que a Viação São Gabriel subcontratasse a sua empresa para realizar o transporte em algumas das linhas”. (Grifamos).

56. Como consequência dessa conduta, deu-se o enriquecimento sem causa da contratada, com recursos do erário federal, apropriando-se da diferença entre o valor recebido da Administração e o transferido às subcontratadas (já descontados os tributos, na forma como apurada e demonstrada na instrução). Benefício diferencial que não tem origem no exercício, comprovado, de qualquer atividade prevista no contrato, que não estipula pagamento por intermediação ou administração de subcontratos, muito embora o ex-prefeito tenha tentado justificar o pagamento por essa forma de atuação como já referenciei no parágrafo 44.

57. Cabe destacar que o objeto (transporte escolar) era constituído por um conjunto de linhas de transporte. Cada linha poderia ser operada isoladamente pela subcontratada. O que se subcontratou não foram atividades partes de uma operação mais abrangente conduzida sob a responsabilidade da contratada, como, por exemplo, uma determinada linha de transporte. A contratada subcontratou várias linhas, que no total representaram 75% do conjunto das linhas licitadas. Cada uma delas operada integralmente pela subcontratada.

58. O trabalho da Viação São Gabriel nessas linhas, conforme se apura dos autos, consistiu meramente em emitir a nota fiscal para a prefeitura de São Mateus, receber o pagamento (R\$ 2,59/km) e repassar o equivalente a R\$ 2,30/km para as subcontratadas, apropriando-se, sem justa causa, do diferencial (deduzidos os impostos recolhidos). Tal ganho ilegítimo, perceptível a um administrador diligente, foi viabilizado pela autorização, não fundamentada e desarrazoada, concedida pelo ex-prefeito, que não agiu com o cuidado devido, necessário e esperado.

59. Se o administrador não se sente em condições de exercer, em toda a extensão, diretamente as responsabilidades e as decisões atinentes ao cargo que ocupa, o que não é incomum, deve fazer uso da delegação de competência, por prudência e diligência, como prevê o art. 11 do Decreto-Lei 200/1967, instituto amplamente conhecido na administração pública: “a delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender”.

60. Se não o faz, assume o risco das consequências das decisões que toma sem os devidos cuidados e capacidade de análise. A assinatura em casos como este não é mero ato de representação.

61. O contexto descrito não afasta a culpa do ex-prefeito. Sua autorização carece de motivação, não menciona qualquer razão de ordem prática. Os pareceres que menciona não estão nos autos. A única peça encontrada, anteriormente referida, extremamente singela, não menciona qualquer justificativa de necessidade ou conveniência da subcontratação para a Administração. São pareceres ineptos para os fins a que deveriam se destinar.

62. Tudo considerado, não estão presentes elementos para que seja reconhecida a boa-fé do responsável, em sua dimensão objetiva, de forma a conceder-lhe o benefício de concessão de novo e improrrogável prazo para recolhimento do débito atualizado monetariamente, mas sem incidência de juros.

63. Importante ressaltar que não reconhecer a boa-fé não significa afirmar, implicitamente, a existência de má-fé ou dolo.

64. Para o reconhecimento da boa-fé, cabe analisar, quando possível, a boa-fé subjetiva e, sempre, se estão presentes elementos configuradores da boa-fé objetiva, o que não é o caso destes autos.

V

65. Em resumo, ao autorizar a subcontratação, ainda que sustentada em parecer da procuradoria do município - inepto, no caso -, o ex-prefeito viabilizou a concretização de ganhos indevidos da empresa Viação São Gabriel. Os elementos que conduzem a essa conclusão podem ser assim sintetizados:

a) a empresa vencedora apresentou declaração expressa emitida na fase de habilitação (peça 7, p. 266, TC 007.157/2013-4) de que disponibilizaria “toda a infraestrutura necessária para o fiel cumprimento do transporte escolar caso sejamos ganhador do pregão presencial 044/2009”;

b) logo após iniciar os serviços, a empresa solicitou autorização, sem qualquer justificativa, para subcontratar duas das três licitantes que com ela haviam concorrido, as quais aceitaram a subcontratação por preço significativamente inferior ao preço que ofertaram no pregão;

d) o pedido de contratação abrangia 75% do objeto e não foi motivado, carecendo de fundamentação fática;

e) não foi exposta nas alegações de defesa do ex-prefeito qualquer argumentação para justificar, em bases técnicas, operacionais ou por razões excepcionais para tal extraordinária subcontratação.

66. Portanto, as alegações do Sr. Amadeu Boroto e da empresa contratada, Viação São Gabriel, devem ser rejeitadas e suas contas, desde já, julgadas irregulares, imputando-lhes, solidariamente, o débito levantado, bem como aplicar-lhes a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

67. Ressalto que a liberação dos recursos se deu no ano de 2009 e a ordenação da citação ocorreu em 10/5/2016 (peça 1). Dessa forma, a pretensão punitiva, mediante apenação com multa, não está prescrita, conforme jurisprudência uniformizada acerca dessa questão.

VI

68. Estando o processo em meu gabinete já com proposta da Secex-ES e o parecer do MP/TCU, foi acostada peça com novos elementos a título de “acrescentar algumas informações contábeis a fim de esclarecer os questionamentos, uma vez que a grande parte do valor discutido era destinada aos impostos e os centavos restantes, destinados a cursos, seguros e exigências do Detran como já informado em petições anteriores” (peça 29).

69. Inicialmente, ressalto que a peça, encaminhada em nome do administrador da empresa Viação São Gabriel, foi assinada pelo Dr. Filipe Kohls (OAB-ES 18667). Entretanto, não há nos autos procuração que outorgue poderes ao nobre advogado, existindo apenas a constante da peça 17, a qual concede poderes *ad judicium e extra* ao Dr. Alexandre Augusto Kohls (OAB-ES 15.167).

70. A prática de atos processuais nos processos de controle externo em tramitação nesta Corte de Contas não prescinde da prévia habilitação nos autos por procurador regularmente constituído, esta é a regra estabelecida na Portaria TCU 305/2009.

71. Entretanto, na busca da verdade material e aplicando o princípio da celeridade e da razoável duração do processo, teço os seguintes comentários acerca do tema trazido à baila.

72. Segundo se depreende da peça 29, pretende-se demonstrar que a “diferença de valores retidos pela Viação São Gabriel no momento da subcontratação”, girando em torno de R\$ 0,02 a R\$ 0,13 (obtidos pela diminuição no valor recebido da prefeitura, do valor pago ao subcontratado e do valor retido a título de impostos), seriam “destinados a cursos, seguros e exigências do Detran como já informado em petições anteriores”.

73. Conforme se extrai dos termos dos contratos de sublocação presentes no processo, à exceção de impostos e encargos sociais (ISS e INSS) descontados pela prefeitura no ato do pagamento à Viação São Gabriel, todos os demais encargos e ônus foram suportados pelas empresas subcontratadas.

74. A esse respeito, conforme relatório precedente, a Secex-ES salientou “que os subcontratos celebrados (peça 8, p. 9-20 do processo apenso) dispunham que as obrigações da Viação São Gabriel, constantes da Cláusula Segunda (Das Obrigações da Contratada) do Contrato n.º 108/2009, firmado com a Prefeitura de São Mateus/ES, tais como assumir a responsabilidade por danos ou prejuízos causados ao Município ou a terceiros decorrentes da execução do contrato, por encargos trabalhistas e previdenciários, custo de transporte, seguro, manutenção do veículo, combustíveis e demais despesas referentes à boa prestação dos serviços, seriam de responsabilidade dos particulares contratados pela citada empresa, conforme descrito a seguir:

A CONTRATANTE é legítima contratada da Prefeitura Municipal de São Mateus-ES sob o Contrato n.º 108/2009 firmado em 26/05/2009, que tem como objeto o transporte urbano de estudantes;

01. O referido contrato, em sua cláusula 21.º permite a subcontratação de terceiros, desde que sob sua autorização e nos termos daquele contrato;

02. O presente contrato é pelo prazo de 12 (doze) meses a contar de 01/06/2009, sendo prorrogado automaticamente pelo mesmo prazo, encerrando-se em prazo menor, desde que o

encerramento ou a rescisão do Contrato descrito na cláusula 01 ocorra dentro do prazo deste contrato e de suas prorrogações, ou por iniciativa unilateral e sem aviso prévio da CONTRATANTE;

(...)

04. Os serviços serão prestados nas mesmas condições estabelecidas no Contrato descrito na Cláusula 01 acima e seus anexos, que a CONTRATADA declara conhecer claramente, totalmente e sem ressalvas;

(...)

05. Os veículos e seus condutores terão que estarem devidamente regulares perante aos órgãos e legislações pertinentes à prestação dos serviços contratados;

06. A CONTRATADA responde civilmente, criminalmente e isoladamente perante a CONTRATANTE, Prefeitura Municipal de São Mateus-ES, passageiros e a terceiros, por seus atos irregulares e danosos;

07. A CONTRATADA, em relação a este contrato, será única e exclusivamente responsável pelas obrigações fiscais, tributárias, previdenciárias e trabalhistas;

(...)

11. A CONTRATADA fica sujeita às mesmas fiscalizações e multas impostas no Contrato descrito na Cláusula 01 acima e seus anexos” grifei (peça 23).

75. Portanto, as informações contidas na peça 29 não alteram o mérito da análise empreendida pela unidade instrutiva.

Diante do exposto, acompanhando quanto à comprovação de ocorrência de dano ao erário o entendimento da unidade instrutiva e do MP/TCU, manifesto-me pela aprovação do acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de novembro de 2018.

WEDER DE OLIVEIRA
Relator

ACÓRDÃO Nº 14193/2018 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo nº TC 015.384/2016-0.
- 1.1. Apenso: 007.157/2013-4
2. Grupo II – Classe II – Assunto: Tomada de Contas Especial.
3. Interessado/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE).
 - 3.2. Responsáveis: Amadeu Boroto (364.435.307-72); Viação São Gabriel Ltda (27.492.479/0001-87).
4. Entidade: Município de São Mateus/ES.
5. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Espírito Santo (Secex-ES).
8. Representação legal: Alexandre Augusto Kohls (OAB/ES 15.167), representando Viação São Gabriel Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de conta especiais originados pela conversão de representação (acórdão 2981/2016-TCU-1ª Câmara, TC 007.157/2013-4) em razão de supostas irregularidades no pregão presencial 44/2009, conduzido pelo município de São Mateus/ES, cuja finalidade era a contratação de transporte escolar.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. rejeitar as alegações de defesa do Sr. Amadeu Boroto e da empresa Viação São Gabriel Ltda.;

9.2. julgar irregulares, com fundamento nos arts. 1º, I, e 16, III, 'b' e 'c', c/c art. 23, da Lei 8.443/1992, e com os arts. 1º, I, e 209, II e III, do RI/TCU, as contas do Sr. Amadeu Boroto e da empresa Viação São Gabriel Ltda, e condená-los solidariamente ao pagamento dos débitos (dívidas) a seguir especificados, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante este Tribunal (art. 214, III, "a", RI/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres da Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas até a data dos respectivos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR ORIGINAL (R\$)
30/7/2009	2.536,50
29/9/2009	2.531,44
19/10/2009	2.531,72
26/11/2009	5.109,74
23/12/2009	2.169,19
25/3/2010	386,05
27/4/2010	3.446,94
30/6/2010	6.910,81
26/7/2010	3.472,59
16/8/2010	3.457,49
15/9/2010	3.453,68
15/10/2010	3.452,36
25/11/2010	3.452,42
27/5/2011	669,26
1/9/2011	1.400,91
11/10/2011	2.455,22
2/12/2011	2.032,60
23/12/2011	5.403,95
26/1/2012	1.425,19

9.3. aplicar ao Sr. Amadeu Boroto a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do RI/TCU, no valor de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, III, “a”, do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. aplicar à empresa Viação São Gabriel Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do RI/TCU, no valor de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, III, “a”, do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

9.6. dar ciência ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) desta decisão;

9.7. encaminhar cópia desta deliberação à Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo, em cumprimento ao disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do RI/TCU.

10. Ata nº 41/2018 – 1ª Câmara.

11. Data da Sessão: 13/11/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-14193-41/18-1.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (na Presidência) e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: André Luís de Carvalho.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira (Relator).

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
WEDER DE OLIVEIRA
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Subprocurador-Geral