

Processo TC nº 011.292/2015-6
TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa), em desfavor do Sr. Antônio Almeida Neto, ex-prefeito de Acopiara/CE (gestão 2005-2012), em razão da impugnação parcial das despesas do Convênio TC/PAC nº 2346/2006, destinado à execução de sistema de abastecimento de água, tendo sido repassado recursos federais no montante de R\$ 4.000.000,00 à conta específica do ajuste, acrescido de contrapartida municipal no valor de R\$ 210.526,30.

2. O responsável foi citado (peças 16/17) para apresentar alegações de defesa ou recolher aos cofres da Funasa a quantia de R\$ 560.281,99, a ser atualizada monetariamente a partir da data de 01/10/2008. As despesas impugnadas dividem-se em duas parcelas, quais sejam: R\$ 97.748,02 concernentes à duplicidade de pagamento pelo item “mobilização de equipamentos e pessoal”, contemplado no orçamento tanto na planilha de custos diretos como nos benefícios e despesas indiretas (BDI); e R\$ 462.533,97 referentes à cobrança indevida de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) sobre materiais da obra, contrariando o art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei Complementar nº 116/2003. O ex-prefeito apresentou suas alegações de defesa à peça 18.

3. A Secex/CE analisou as alegações de defesa e concluiu que os argumentos apresentados são suficientes para elidir as irregularidades imputadas ao responsável.

4. Em relação à primeira irregularidade, destacou que o procedimento licitatório fora realizado em 2006 e exigira dos licitantes apenas a apresentação do percentual de BDI, nada dispondo sobre a obrigatoriedade de se demonstrar a composição detalhada desse percentual. Naquela ocasião, não havia normativos legais ou orientação jurisprudencial estabelecendo expressamente os itens que deveriam compor o percentual de BDI, ressaltando que somente a partir da prolação do Acórdão nº 325/2007-Plenário que o TCU passou a cobrar dos gestores que exigissem dos licitantes o detalhamento da composição do BDI.

5. Quanto à segunda irregularidade, salientou que os cálculos da Controladoria-Geral da União (CGU) acerca do ISS foram realizados com base no valor da proposta do procedimento licitatório referente à obra como um todo (R\$ 15.498.750,15), sendo que o valor do convênio era suficiente apenas para parte da obra, haja vista que totalizava R\$ 4.210.526,30. Ainda, acrescentou que inexistem elementos nos autos que comprovem que o imposto fora calculado sobre o valor dos materiais empregados na obra.

6. Diante do asseverado, a unidade técnica formulou proposta de encaminhamento (peça 19, p. 9) no sentido de que este Tribunal acolha integralmente as alegações de defesa, julgue regulares com ressalva as contas do ex-prefeito e arquite o processo.

7. Manifesto-me, em essência, de acordo com a proposta alvitrada pela unidade técnica, sugerindo apenas um ajuste no sentido de que as alegações de defesa sejam acolhidas parcialmente, por considerar improcedente parte dos argumentos trazidos pelo responsável. Ademais, a despeito de concordar com o afastamento do débito relacionado às supracitadas constatações, divirjo quanto aos motivos apresentados pela Secex/CE para considerar elidida a segunda irregularidade.

8. Considero que não devem ser acolhidos os seguintes argumentos apresentados pelo responsável: i) a citação promovida não teria observado o litisconsórcio passivo necessário, já que não foram citados a construtora, o engenheiro responsável pela obra e os prepostos da Funasa; ii) a inexistência de dolo do ex-prefeito ensejaria o afastamento do débito; e iii) eventual adoção de alíquota de ISS em montante superior beneficiaria o Município, em prejuízo da contratada, de modo que não haveria dano ao erário.

Continuação do TC nº 011.292/2015-6

9. De acordo com a jurisprudência do TCU, expressa nos Acórdãos nºs 35/2012, 2199/2015, 1797/2016, todos do Plenário, não há litisconsórcio necessário no âmbito dos processos de controle externo, de modo que não é direito subjetivo do devedor citado exigir a citação dos demais responsáveis solidários. A solidariedade passiva constitui um benefício do credor, que pode exigir de um ou de todos os devedores a integralidade da dívida.

10. Outrossim, a condenação em débito independe da ocorrência de conduta dolosa, bastando, para tanto, a constatação de conduta culposa dos responsáveis pela irregularidade que ocasionou o dano ao erário. Tal entendimento encontra-se pacificado nesta Corte, conforme se observa nos Acórdãos nºs 619/2015, 1427/2015 e 2367/2015, todos do Plenário.

11. Ao contrário do alegado pelo responsável, eventual previsão contratual de pagamento à construtora, considerando alíquota de ISS superior à legalmente estabelecida para a localidade (ou de ISS incidindo sobre materiais), beneficia a contratada e, conseqüentemente, prejudica o erário, tendo em vista que a contratada poderá receber o valor total pactuado e, posteriormente, recolher apenas o estabelecido legalmente. Nesse caso, a contratante teria pago mais do que deveria.

12. Em relação à segunda irregularidade, discordo do argumento da unidade técnica de que inexistem elementos nos autos comprovando que o imposto também fora calculado sobre o valor dos materiais. Isso porque a composição do BDI da contratada encaminhada à CGU inclui a alíquota de ISS de 5% (peça 2, p. 73-74). Como não havia BDI diferenciado para materiais, infere-se que esse BDI fora aplicado tanto para materiais como para serviços. Conforme mencionado pela unidade técnica (peça 19, p. 7), para esse tipo de obra é coerente e conservador estimar que 50% do preço de venda refere-se somente a serviços. Havendo apenas previsão contratual de BDI único, aplicado indistintamente a materiais e serviços, era de se esperar que se adotasse, no máximo, 2,5% para esse imposto (equivalente a 50% da alíquota de 5%). Logo, a alíquota de 5% prevista no BDI único poderia servir, *a priori*, para demonstrar a previsão de sua incidência sobre materiais.

13. Por outro lado, considero procedente a ressalva da unidade técnica de que o valor impugnado pela CGU, em razão da cobrança de ISS sobre materiais, fora estimado com base no valor da proposta total do procedimento licitatório (R\$ 15.498.750,15, sendo R\$ 9.250.679,34 correspondentes a materiais e o restante a serviços), em vez de ter sido calculado com base no valor do convênio (R\$ 4.210.526,30). Conforme documentos da CGU (peça 2, p. 75 e 118), o valor impugnado de R\$ 462.533,97, por conta da incidência de ISS sobre materiais, fora calculado aplicando-se o percentual de 5% sobre R\$ 9.250.679,34 (peça 2, p. 75 e 118).

14. Entretanto, tal ressalva apenas serviria para reduzir o valor de débito. Como o valor do convênio em questão era de R\$ 4.210.526,30, eventual impugnação por cobrança indevida de ISS no âmbito desse convênio deveria atingir o montante aproximado de R\$ 105.263,16, correspondente a aplicação de 2,5% de ISS (50% da alíquota de 5%) sobre o valor total do convênio (que abrange materiais e serviços).

15. Desse modo, entendo oportuno tecer comentários adicionais no sentido de reforçar o embasamento da proposta de afastamento do débito relacionado às duas irregularidades.

16. Inicialmente, cabe registrar que as duas irregularidades decorrem da inclusão incorreta dos seguintes itens na composição do BDI: mobilização de equipamentos/pessoal e ISS sobre materiais.

17. Durante o processo licitatório e a contratação, a Prefeitura apenas exigiu da construtora a apresentação do percentual de BDI. A contratada somente foi requisitada a apresentar a composição do BDI à CGU em 10/09/2009 (peça 2, p. 73), de maneira que não se pode afastar a possibilidade de a contratada ter elaborado a composição do seu BDI somente quando da sua requisição pela CGU, para fins de formalidade.

18. Convém repisar que o procedimento licitatório e a contratação ocorreram antes do Acórdão nº 325/2007-Plenário, momento em que ainda não havia orientações e regras claras a respeito: dos itens que

Continuação do TC nº 011.292/2015-6

poderiam compor o BDI; da necessidade de se exigir das licitantes a composição detalhada do BDI; e da imprescindibilidade de análise pormenorizada efetuada pelo gestor da adequação dos componentes do BDI. Desse modo, entendo que não seria razoável exigir que a composição do BDI estivesse de acordo com as jurisprudências e normativos que vieram a existir em momento posterior.

19. Diante dessas ponderações, considero que a análise de eventual dano ao erário no caso concreto deveria perpassar pela comparação do preço total (custos diretos acrescidos do BDI) utilizado nas obras com o preço total de referência usualmente adotado no mercado à época dos fatos. Isso porque eventual adoção de BDI excessivo poderia ser compensada com a utilização de custos diretos inferiores aos de mercado, o que afastaria a hipótese de dano ao erário.

20. Compulsando os autos, verifico que não há comprovação de que o preço total adotado foi superior ao de mercado. Ressalto, ainda, que sequer restou demonstrado que o percentual de BDI da contratada fora excessivo.

21. Consoante o subitem 9.1 do Acórdão nº 2622/2013-Plenário, o percentual médio de referência de BDI para essa tipologia de obra é de 24,18%. Em que pese o percentual adotado ter sido de 35% (peça 2, p. 73-74), observo que o BDI inclui alguns custos que, segundo a jurisprudência atual desta Corte, deveriam estar alocados na planilha de custos diretos, a exemplo da administração local (12,17%). Caso a administração local fosse migrada para a planilha de custos diretos, o BDI utilizado, segundo a fórmula adotada pela contratada para o seu cálculo (somatória direta), ficaria reduzido para 22,83%.

22. Por conseguinte, entendo que a análise deste caso deve basear-se nos normativos e jurisprudências existentes no mundo jurídico à época dos fatos. Considerando que na ocasião somente fora exigido o percentual de BDI e que não restou demonstrado nos autos contratação a preços acima dos de mercado, considero cabível o afastamento do débito, por não vislumbrar a ocorrência de dano ao erário.

23. Ante o exposto, este representante do MP/TCU manifesta-se, essencialmente, de acordo com a proposta formulada pela unidade técnica (peça 19, p. 9), sugerindo, com as devidas vênias, ajuste apenas no sentido de que esta Corte acolha parcialmente as alegações de defesa, em vez de acolhê-las integralmente.

Ministério Público, em janeiro de 2017.

(Assinado eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral