

VOTO

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. Cleverton Lautert Cruz, Sylvio Rômulo Guimarães de Andrade Júnior (ordenadores de despesa), Aldi José de Sousa, Alair Domingues de Souza e Hélio Barbosa da Silva (fiscais de contratos) em face do Acórdão 2.947/2011-Plenário.

2. A referida deliberação foi proferida no âmbito de tomada de contas especial decorrente de conversão de relatório de auditoria realizada na Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça, a qual teve por objetivo verificar a regularidade de contratos firmados entre o Ministério da Justiça e a empresa Aplauso Organização de Eventos Ltda.
3. Foram objeto dos trabalhos de fiscalização o Contrato 78/2005, decorrente da adesão do órgão à Ata de Registro de Preços do Pregão 16/2005 a cargo do Ministério da Saúde - MS, e o Contrato 259/2007, decorrente do Pregão Presencial 13/2007.
4. No âmbito desses contratos, que tinham por objeto a prestação de serviços de apoio à organização e à realização de eventos, o Ministério da Justiça realizou 177 eventos nos anos de 2006, 2007 e 2008 e despendeu o montante de R\$ 4.727.732,77.
5. Os referidos responsáveis tiveram suas contas julgadas irregulares, sendo condenados, solidariamente com a empresa Aplauso, à restituição de valores pagos indevidamente à contratada, no valor total aproximado de R\$ 39.868,00, além de sofrerem a pena de multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.
6. Em razão da ausência de três propostas de preços para a locação de espaço físico, em desacordo com as disposições contratuais, foi ainda aplicada a sanção de que trata o art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 aos Srs. Aldi José de Sousa, Alair Domingues de Sousa e Hélio Barbosa da Silva.
7. Por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, previstos nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, entendo pertinente conhecer dos recursos de reconsideração e adentrar-lhes o mérito.

II

8. O débito apurado pode ser dividido em dois grupos.
9. O primeiro grupo – no valor aproximado de R\$ 33.360,00 – refere-se ao pagamento por locação de espaço físico em valor superior ao previsto contratualmente.
10. Os pagamentos por locação de espaço ocorriam nos termos do item 4.1. do anexo III do edital (anexo 5, fl. 31):

Locação de dependências adequadas para eventos realizados fora das dependências do Ministério da Saúde

A CONTRATADA apresentará 03 (três) propostas para aprovação prévia do gestor do contrato, A taxa de administração será fixa no percentual de três por cento do menor valor orçado (3 %). (grifei)

11. Ou seja, pela intermediação da locação de espaços físicos, a contratada receberia a taxa de administração de 3% sobre o valor da locação.
12. Por outro lado, o item 4.2.7. do edital assim dispunha (anexo 5, p. 7):

os preços contidos na proposta incluem todos os custos e despesas, tais como e sem se limitar a: custos diretos e indiretos, tributos incidentes, taxas de administração, materiais, serviços, encargos sociais, trabalhistas, seguros, lucro e outros necessários ao cumprimento integral do objeto deste Edital e seus Anexos; (grifei)

13. Dessas disposições editalícias, não resta evidente se o valor correspondente à taxa de administração seria o valor líquido a ser auferido pela contratada ou se o valor dessa taxa englobaria os valores referentes a tributos, lucro e despesas indiretas. Na primeira hipótese, caberia à administração remunerar a contratada apenas pelo valor da locação do espaço físico de terceiros, acrescido do percentual de 3%. Na segunda hipótese, além dos valores referentes à hipótese anterior, a administração deveria ressarcir a contratada pelos gastos com tributos e despesas indiretas.

14. Em interpretação literal da primeira disposição editalícia, a contratada seria remunerada de acordo com a primeira opção, devendo as despesas decorrentes da prestação dos serviços, incluindo tributos, serem suportadas pelos valores referentes à taxa de administração.

15. Com base nesse entendimento foram realizadas as citações dos responsáveis. Entretanto, ao se apreciar as alegações de defesa apresentadas, verificou-se que esse entendimento levaria a uma remuneração negativa da contratada, pois, de acordo com a legislação tributária (Instrução Normativa 1.234/2012 da Secretaria da Receita Federal), houve, quando dos pagamentos das notas fiscais, a retenção de tributos devidos no valor total de 14,45% (PIS: 0,65%, COFINS: 3%, ISS: 5%, CSLL: 1% e IR: 4,8%). Ou seja, para cada R\$ 100,00 de despesas com locação de eventos, a contratada receberia R\$ 85,11 (considerando a retenção de tributos incidindo sobre o valor da nota acrescido da taxa de administração).

16. Por outro lado, verificou-se que a empresa Aplauso cobrava sobre o valor da nota fiscal de seus fornecedores, além da taxa de administração, o percentual de 19,87%. Assim, por se considerar ser devido somente o percentual de 14,45%, a condenação em débito por esta Corte decorreu da apuração da diferença entre esses valores percentuais.

17. Concluiu-se, pois, tendo em conta a imprecisão das cláusulas editalícias, que a taxa de administração não englobaria os tributos – que seriam ressarcidos à parte –, mas englobaria a margem de lucro e as despesas indiretas.

18. Esse parece ter sido o entendimento dos gestores dos contratos, consoante a seguinte manifestação da Diretoria de Administração e Logística Policial do Ministério da Justiça (p. 116, anexo 2):

Trata-se de solicitação de esclarecimento por parte da Divisão de Comunicação Social acerca da licitude da inclusão, em fatura de serviço de locação de espaços físicos, do valor correspondente aos tributos.

II. A inclusão é legal, pois os tributos compõem o custo do serviço. O fiscal do contrato deve apenas certificar-se de que, na avaliação dos três orçamentos que selecionou o mais barato entre eles, foi usado o mesmo critério (valor bruto ou valor líquido) para todas as propostas, de modo que a comparação tenha sido adequada. (grifei)

19. Verifico, entretanto, que os valores retidos na nota fiscal a título de tributos não indicam necessariamente a carga tributária efetivamente sofrida pela empresa. Essa retenção é uma mera medida de administração tributária a título de antecipar as receitas, simplificar a arrecadação e evitar eventual sonegação fiscal. Não me parece, pois, adequado considerar esse valores retidos como parâmetro de apuração da legalidade dos preços praticados.

20. Dentre os modelos de apuração de tributos, há aquele denominado lucro presumido, no bojo do qual os tributos são apurados tendo por base de cálculo o faturamento dos contribuintes. Diferencia-se esse regime daquele de lucro real, quando o imposto de renda – IR e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSSL possuem por base de cálculo o lucro apurado.

21. É verdade que essa retenção de tributos sobre os valores das notas fiscais aproxima-se da tributação por lucro presumido, pois, ao se tomar por base de cálculo o valor da nota fiscal, há compatibilidade com os tributos que incidem sobre o faturamento da empresa.
22. Contudo, mesmo supondo que a contratada esteja submetida ao regime de lucro presumido, há variáveis que podem indicar que a alíquota de 14,45% não reflete a realidade tributária do contribuinte. Coloco, a seguir, a mero título de exemplo e sem firmar juízo de valor a respeito, algumas dessas variáveis.
23. A título de imposto de renda – IR foi retido o valor de 4,8% sobre o valor da nota fiscal, que em regra seria o valor apurado mediante o regime de lucro presumido (alíquota do tributo – 15% – incidente sobre a base de cálculo – 32% do faturamento).
24. Entretanto, acima de determinado nível de faturamento, cabe a incidência de um adicional de 10%, de forma que a alíquota desse imposto passa a ser de 25%. Incidindo essa alíquota sobre a base de cálculo do tributo (32% do faturamento), pagar-se-ia de imposto de renda o equivalente a 8% sobre o faturamento e não o valor de 4,8% retido na nota fiscal. (arts. 519, 541 e 542 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999, aprovado pelo Decreto 3.000/1999)
25. Já a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL é de 9% (art. 37 da Lei 10.637/2002 e art. 17 da Lei 11.727/2008), a qual, para as empresas tributadas mediante lucro presumido, pode incidir sobre a parcela de até 32% do faturamento (art. 20 da Lei 9.249/1995). Ou seja, ter-se-ia uma alíquota de 2,88% sobre o faturamento total, enquanto foi retido o equivalente a 1%.
26. À época, exercício de 2007, havia ainda a incidência da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), com a alíquota de 0,38%.
27. Considerando-se esses fatores, ter-se-ia a potencial incidência de tributos à alíquota de 19,91% sobre o faturamento, valor ligeiramente superior ao efetivamente cobrado nas notas fiscais.
28. Trata-se, é bem verdade, de mero exercício especulativo a demonstrar as incertezas inerentes a estimativas da carga tributária sofrida por cada contribuinte. Não se sabe a real situação da empresa contratada e tampouco se ela estava efetivamente submetida ao regime de lucro presumido.
29. Caso o regime de tributação seja o de lucro real, as incertezas aumentam e impedem até mesmo qualquer exercício de estimativa. Caso se trate de microempresas e empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional, ter-se-ia outras alíquotas a incidir sobre o faturamento das empresas e sequer haveria a retenção de tributos aqui tratada (art. 4º, inciso XI, da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil 1.234/2012).
30. Faço essas considerações para tentar demonstrar as dificuldades em se apurar os valores devidos em determinada contratação efetuada pela administração pública em razão da carga tributária suportada pelos contratados.
31. Creio, outrossim, que a carga tributária de cada empresa é matéria intrínseca de sua estrutura administrativa e componente de sua estrutura de custos, a qual não deve servir de base para remunerações contratuais.
32. Caso se entenda de forma diversa, estar-se-ia admitindo que empresas com menor carga tributária (v.g. microempresas e empresas de pequeno porte) deveriam ser remuneradas, pela execução de idêntico objeto contratual, por valores menores do que os auferidos pelas demais empresas. Haveria, de forma indireta, uma interferência nas margens de lucro a serem auferidas nas contratações, o que iria de encontro ao princípio da livre iniciativa, previsto no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal.

33. Registro, ainda, que mediante o edital do Pregão 82/2012, conduzido pela Secretaria Geral de Administração desta Corte de Contas e posteriormente anulado em razão de outros fatores que não a estimativa de preços, além da taxa de administração de 3%, estimou-se em 18,65% a alíquota incidente sobre os valores de locação de espaço físico (Lucro e outras despesas indiretas: 10%, Cofins: 3%, PIS: 0,65, ISS: 5%).
34. Incidindo, para efeitos de comparação, a CPMF sobre essa alíquota, obter-se-ia o valor de 19,03%, o qual é próximo da alíquota tida por indevida– 19,87%.
35. Na verdade, como já levantado, as dúvidas acerca dos valores a serem efetivamente pagos decorrem da imprecisão das cláusulas editalícias que não fixaram de forma objetiva como seria a remuneração da contratada na hipótese de locação de espaços físicos. Tal imprecisão, observo, não ocorreu nas disposições de que trata o mencionado Pregão 82/2012.
36. Nesse contexto, não vislumbro reprovabilidade suficiente na conduta dos responsáveis para que respondam pelo débito em questão, pois não resta evidente que a adoção do percentual de 19,87% tenha sido indevida.
37. Reforça esse entendimento o fato de que se está aqui a impugnar despesas referentes a 0,70% da contratação, que envolveu a realização de 177 eventos. Ou seja, considerando que os responsáveis, em razão da necessidade de maximizar os esforços de fiscalização, devem se ater às partes mais relevantes do objeto contratado, persistem dúvidas até mesmo se seria exigível conduta diversa por parte dos gestores.
38. Em sendo assim, entendo que cabe acatar os argumentos recursais no sentido de ser afastada a responsabilização dos recorrentes pelo débito ora tratado. Cabe também, nos termos do art. 161 do Regimento Interno do TCU, aproveitar esse entendimento aos gestores que optaram por não recorrer dessa imputação de débito.
39. Em relação à empresa Aplauso, entendo que ela deve continuar respondendo pelo débito ora impugnado. Isso porque, embora a empresa detivesse as condições e informações para justificar os preços praticados, ela manifestou conformismo com a decisão condenatória ao não manejar o recurso devido. Ademais, não se aplicam à empresa as circunstâncias objetivas que cercaram a conduta dos gestores.
40. Esse entendimento é compatível com a recente jurisprudência desta Corte no sentido de que, em situações excepcionais, pode haver a condenação em débito de particulares sem que seja fixada a solidariedade de agentes públicos (v.g. Acórdãos do Plenário 730/2012, 946/2013, 1680/2013 e 2056/2013).

III

41. O próximo conjunto de ocorrências diz respeito a pagamentos de despesas de alimentação em quantidade superior ao efetivamente fornecido, no valor total de R\$ 6.507,80.
42. Trata-se aqui de despesas de alimentação referentes a dois eventos relativos a Gestão de Formação dos Servidores da Segurança Pública.
43. A falha teria consistido na divergência de quantitativos entre os serviços que teriam sido prestados e pagos à empresa Aplauso e aqueles que constam na nota fiscal emitida a essa empresa pelos fornecedores da alimentação. Foram demandadas e pagas pela administração 772 refeições, enquanto constou na nota fiscal dos fornecedores a quantidade de 661 refeições.
44. Observo que, neste caso, ao contrário da situação precedente, o pagamento efetuado pela administração era efetivado de acordo com os quantitativos e valores unitários fixados na contratação, não havendo que se tomar em conta os valores das notas fiscais dos fornecedores da empresa Aplauso. Ou seja,

essas notas fiscais com informações divergentes não eram necessariamente submetidas aos fiscais do contrato.

45. A empresa Aplauso, em sua manifestação **a quo**, reconheceu essa divergência de quantitativos e apresentou as seguintes justificativas para tanto (Relatório do Acórdão 2947/2011-Plenário):

A empresa ressalta que as reservas no Hotel San Marco foram providenciadas de acordo com a solicitação do próprio órgão. Todavia, informa que esse hotel não estaria entre aqueles oferecidos pela Aplauso, uma vez que o estabelecimento praticava preços acima daqueles viabilizados pela proposta da empresa.

Por isso, a Aplauso justifica que teve de adaptar a cobrança do item, de forma que a cobrança a maior fosse feita estritamente pra cobrir a diferença de valores praticados pelo hotel. (grifei)

46. Ou seja, a empresa reconhece que cobrou quantitativos de refeições a maior do que o fornecido para supostamente compensar o fato de que os preços unitários praticados por seu fornecedor estavam acima do esperado para viabilizar economicamente a prestação dos serviços.

47. Tratou-se, a toda evidência, de comportamento reprovável a merecer as providências adotadas no acórdão recorrido em relação a essa empresa.

48. De se ver, contudo, que, segundo os autos, os eventos foram efetivamente realizados e com o número de participantes previstos, consoante demonstrado em relatório de vistoria, listas de presença e atestos da execução de serviços (fls. 94, 97/98, 102 e 109/110, anexo 2).

49. A provável explicação para a divergência entre o número de participantes do evento e o número de refeições é que parte desses participantes tenha optado, em alguns momentos, por não usufruir das refeições fornecidas pelos organizadores do evento.

50. A questão que se coloca é se era exigível dos responsáveis o controle pormenorizado das refeições efetivamente fornecidas. A respeito, considerando a reduzida magnitude dos valores impugnados, o fato de que houve a fiscalização do evento de forma global e que a empresa contratada agiu dolosamente ao induzir os gestores em erro, entendo aplicáveis as considerações efetuadas quando da ocorrência anterior.

51. Ou seja, embora os controles em situações da espécie possam ser aprimorados, não vislumbro reprovabilidade suficiente nas condutas dos responsáveis para macular as suas contas.

IV

52. Finalmente, os recorrentes insurgem-se contra a pena de multa aplicada em razão da ausência de três propostas de preços para a locação de espaços físicos, a qual teria ocorrido em 26 situações.

53. Registro que a falha não consistiu na ausência das propostas em si, mas na impossibilidade de se verificar a existência dessas propostas em razão de extravio de documentos, como confirma a equipe de auditoria desta Corte (Relatório do Acórdão 2.888/2009-Plenário):

Conforme se verifica das respostas às solicitações, a maior parte da documentação não foi encontrada pelo atual dirigente máximo da Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça. (grifei)

54. Veja-se que os responsáveis, então não mais lotados no Ministério da Justiça, depois de instados a se manifestar a respeito, buscaram obter do órgão responsável as informações devidas (p. 146, anexo 2):

Na qualidade de fiscal eventual do Contrato 259/2007, firmado entre o Ministério da Justiça e a empresa Aplauso Eventos, o signatário foi instado, pelo Tribunal de Contas da União, a prestar

diversos esclarecimentos, muitos deles relativos à ausência de documentos que comprovassem as demandas das unidades do MJ.

*Ocorre que, em função do grande volume de eventos, **muitos desses documentos eram enviados eletronicamente, através de email institucional do MJ.** Desta forma, e com vistas a responder adequadamente ao TCU, solicito a Vossa Senhoria que recupere as mensagens eletrônicas das contas de email abaixo relacionadas... (grifei)*

55. Em resposta, a essa solicitação, a Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação do Ministério da Justiça assim se manifestou (p. 149, anexo 2):

*Em relação à solicitação para recuperar todas as mensagens eletrônicas recebidas pelo Ministério da Justiça, de emails de domínio "@aplausoeventos.com.br", referente ao ano de 2007, informa-se que **a atual estrutura de backup do MJ não permite a recuperação de e-mails do referido período.** (grifei)*

56. São plausíveis, pois, as seguintes ponderações constantes das alegações de defesa apresentadas por um dos responsáveis:

argumentam não terem localizado os dossiês montados à época que possibilitariam demonstrar a apresentação de três propostas de preços para a aprovação pelo gestor do contrato. Informam que os documentos foram encaminhados para o arquivo central do MJ, porém estes foram encontrados incompletos, com suas folhas soltas, misturados a outros documentos.

57. Dessas considerações, verifico que a falha consistente na ausência das pesquisas de preços não restou adequadamente configurada. Por outro lado, como não foi apontada a ocorrência nos demais 151 eventos objeto da contratação, vislumbro ser razoável a conclusão de que a prática dos gestores era efetivamente exigir as três propostas, não cabendo a presunção de que isso não ocorreu no caso de extravio de documentos.

58. Poder-se-ia, é bem verdade, apurar-se as responsabilidades pelo extravio dos documentos. Entretanto, em razão do significativo espaço de tempo já transcorrido – mais de cinco anos – e por não se ter notícias de prejuízos ao erário em razão da eventual deficiência de pesquisa de preços, não entendo adequado o retorno dos autos à instância **a quo** para ser adotada tal providência.

59. Diante do exposto, propondo o provimento dos recursos de reconsideração em questão, Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de setembro de 2013.

BENJAMIN ZYMLER

Relator