

GRUPO II – CLASSE VI – SEGUNDA CÂMARA

TC 001.195/2013-1.

Natureza: Representação.

Entidade: Município de Acopiara/CE.

Responsável: Antônio Almeida Neto (119.697.763-15).

Representante: Controladoria Geral da União.

Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. INCLUSÃO IRREGULAR DE ITENS NA COMPOSIÇÃO DO BDI, INCIDÊNCIA DO ISSQN E DUPLICIDADE DE PAGAMENTOS EM CUSTOS DA OBRA. CONHECIMENTO. NECESSIDADE DE SANEAMENTO DOS AUTOS. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS.

RELATÓRIO

Trata-se de representação autuada a partir de expediente encaminhado pela Controladoria Geral da União (Ofício nº 38071/DSSAU/DS/SFC/CGU-PR, de 19/12/2012), por meio do qual remete cópia do Relatório Consolidado nº 00206.000221/2009-18 da ação de controle realizada em 2009 no município de Acopiara/CE, com vistas à verificação de possíveis irregularidades na aplicação de recursos federais.

2. Adoto como Relatório a instrução lançada pela auditora federal da Secex/CE, à Peça nº 3, nos seguintes termos:

“(…) 2. Por meio de despacho constante da peça 2, o então Secretário-Geral de Controle Externo, Guilherme Henrique de La Rocque Almeida, encaminhou o documento à Secex/CE, para as análises que se fizerem necessárias, nos termos dos artigos 5º e 7º da Portaria-Segecex 3/2008.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Inicialmente deve-se registrar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

4. Além disso, a Controladoria Geral da União possui legitimidade para representar a esse Tribunal, consoante disposto no inciso II do art. 237 do RI/TCU.

5. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável à espécie de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RI/TCU.

EXAME TÉCNICO

6. A CGU apurou **in loco** a ocorrência de sobrepreço da taxa do BDI e encargos sociais relacionados à execução da obra objeto da Concorrência Pública 001/2006, implicando a oneração do valor do contrato celebrado entre a Prefeitura Municipal de Acopiara/CE e a Construtora Marquise S/A (CNPJ 07.950.702/0001-85), no montante de R\$ 2.084.218,05. A obra foi custeada com recursos repassados pela Fundação Nacional de Saúde - DF, no âmbito do Programa 0122 - Serviços Urbanos de Água e Esgoto, Ação: 5528 - Saneamento Básico para Controle de Agravos.

7. O sobrepreço apontado pela CGU, a partir da análise procedida na planilha apresentada pela contratada, refere-se à inclusão irregular dos itens ‘Mobilização e Desmobilização/Equipamentos Pesados’, ‘Administração Local’, ‘Imposto de Renda - IR’ na

composição do BDI, além da inclusão do 'Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS' sobre os materiais adquiridos para obra, refletindo os percentuais indicados nos demais itens da planilha orçamentária.

8. De acordo com o Relatório Consolidado 00206.000221/2009-18:

'(...) os itens 'Mobilização e Desmobilização/Equipamentos Pesados' e 'Administração Local' deveriam estar incorporados tão-somente na planilha analítica dos serviços contratados; enquanto que o 'Imposto de Renda' sequer deveria compor a planilha de custo direto, por se constituir em tributo de natureza direta e personalística, que onera pessoalmente o contratado; e quanto ao ISS, a legislação preceitua que seu fato gerador é a prestação de serviços que tem como base de cálculo o preço do serviço, excluindo-se, no caso de construção civil, o valor dos materiais empregados na obra. Portanto, referidos itens não devem ser repassados a contratante, de maneira a possibilitar o pagamento das despesas efetivamente incorridas e evitar possíveis desequilíbrios financeiros no contrato. Nesse sentido, restou evidenciado que a Prefeitura Municipal de Acopiara incorreu em gastos adicionais descabidos'.

9. Por fim, a CGU aponta que foi identificada, no orçamento detalhado apresentado pela Construtora Marquise, a inclusão do item 11.01.02 – Mobilização de Equipamentos e Pessoal, no valor de R\$ 97.784,02, indicando a existência de cobrança em duplicidade nos custos da obra.

10. Ainda segundo o relatório do Controle Interno a Funasa informara, por meio do Ofício 1178/2012, que não houve sobrepreço na taxa do BDI, 'uma vez que na ocasião da análise não havia parâmetros estabelecidos pela entidade', e que não era de conhecimento dos analistas da Suest a 'existência de recomendação sobre o assunto por parte dos órgãos de controle'.

Análise:

11. Destaque-se, preliminarmente, que a análise do BDI (bonificações e despesas indiretas) contratado deve ser feita em cotejamento com o edital da licitação que o originou, bem como com as orientações e recomendações do TCU à época da sua celebração. Ademais, a jurisprudência mais moderna do TCU é pacífica no sentido de que não se afigura como adequada a análise isolada do BDI de um orçamento, e menos ainda de seus componentes individualmente.

12. Em análise cronológica dos fatos verifica-se que até 2007 não havia restrição formal à inclusão do percentual referente à mobilização/desmobilização, administração local e tributos no BDI, muito embora esta Corte já viesse combatendo a chamada 'cotação em duplicidade', na busca de maior transparência das propostas. No caso em exame verifica-se que a Concorrência Pública 001/2006 e a celebração do Contrato com a Construtora Marquise são anteriores à decisão do Tribunal que firmou entendimento no sentido de que esses custos não deveriam constar do BDI (Acórdão 325/2007-TCU - Plenário), conforme transcrito a seguir:

'(...) 9.1. orientar as unidades técnicas do Tribunal que, quando dos trabalhos de fiscalização em obras públicas, passem a utilizar como referenciais as seguintes premissas acerca dos componentes de Lucros e Despesas Indiretas - LDI:

9.1.1. os tributos IRPJ e CSLL não devem integrar o cálculo do LDI, nem tampouco a planilha de custo direto, por se constituírem em tributos de natureza direta e personalística, que oneram pessoalmente o contratado, não devendo ser repassado à contratante;

9.1.2. os itens Administração Local, Instalação de Canteiro e Acampamento e Mobilização e Desmobilização, visando a maior transparência, devem constar na planilha orçamentária e não no LDI;

9.1.3. o gestor público deve exigir dos licitantes o detalhamento da composição do LDI e dos respectivos percentuais praticados;

9.1.4. o gestor deve promover estudos técnicos demonstrando a viabilidade técnica e econômica de se realizar uma licitação independente para a aquisição de equipamentos/materiais que correspondam a um percentual expressivo das obras, com o objetivo de proceder o parcelamento do objeto previsto no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993; caso seja comprovada a sua inviabilidade, que aplique um LDI reduzido em relação ao percentual adotado para o empreendimento, pois não é adequada a utilização do mesmo LDI de obras civis para a compra daqueles bens;'

13. Anote-se, ainda, que, com vistas a orientar o Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão a relativamente ao entendimento retro, o TCU decidiu por meio do Acórdão 950/2007-P:

'9.1. determinar ao Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão que instrua os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais da Administração Federal a se absterem, doravante, de

fazer constar dos orçamentos básicos das licitações, dos formulários para proposta de preços constantes dos editais e das justificativas de preço a que se refere o art. 26, inciso III, da Lei 8.666/1993, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, parcelas relativas a gastos com os tributos IRPJ e CSLL, não podendo ser aceitas também propostas de preços contendo custos relativos aos tributos citados, seja na composição do BDI, seja como item específico da planilha ou orçamento’;

14. Verifica-se, portanto, que procedem as explicações da Funasa à CGU relativamente ao fato de que não era de conhecimento dos analistas da Suest, à época dos fatos, a ‘existência de recomendação sobre o assunto por parte dos órgãos de controle’.

15. Acerca da inclusão do IRPJ e CSLL no BDI o Ministro Valmir Campelo e Rafael Cavalcante (Obras Públicas: Comentários à Jurisprudência do TCU, Ed. Fórum, 2012, pág. 553), ponderam que ‘a simples disposição desses tributos no BDI, apesar de irregular, não se consubstancia, de *per si*, mácula a ensejar o ressarcimento de valores ao erário’. Ressaltam, ainda que:

‘Deve-se, pois, para a verificação do real prejuízo ao erário (no caso sobrepreço), efetuar avaliações preço a preço, sopesados aos custos diretos e indiretos. A inclusão indevida da CSLL e do IRPJ importa, no máximo, em uma sobreavaliação do BDI, incapaz de, isoladamente, levar a um juízo de condenação em débito ou glosa de valores indevidamente pagos.’

16. Coadunam com essa opinião os Acórdãos 1591/2008-P e 2063/2008-P, que apresentaram na ementa o excerto transcrito a seguir:

‘1. A indicação em destacado na composição do BDI do IRPJ e da CSLL não acarreta, por si só, prejuízos ao erário, desde que, de fato, as empresas demonstrem que tais tributos foram considerados no cálculo da equação econômico-financeira de sua proposta.

2. A evolução da jurisprudência do Tribunal não deve impactar as relações jurídicas já constituídas, salvo se comprovada a existência de sobrepreço.’

17. Nesse sentido, considerando que não se afigura como adequada a análise isolada do BDI de um orçamento, e que a consolidação do entendimento do TCU quanto à inadequação da inclusão do percentual referente à mobilização/desmobilização, administração local e tributos no BDI se deu somente em 2007, por meio do Acórdão 325/2007-P, data posterior à realização da Concorrência Pública 001/2006 e celebração do Contrato com a Construtora Marquise, consideram-se aceitáveis as explicações da Funasa relativamente aos achados da CGU.

18. Ademais, tendo em vista as determinações exaradas no Acórdão 950/2007-P ao Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão, relativamente à instrução aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais da Administração Federal quanto ao juízo do TCU quanto aos custos integrantes do BDI, entende-se prescindível a prolação de qualquer recomendação/orientação à Funasa-DF.

19. Diante do exposto, sugere-se o conhecimento da representação, o encaminhamento do conteúdo da deliberação que vier a ser adotada ao representante e posterior arquivamento dos autos, sem prejuízo de o TCU vir a analisar a matéria novamente em processo distinto caso presentes motivos que justifiquem a medida.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

20. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la improcedente;

b) dar ciência ao representante e à Fundação Nacional de Saúde-DF; e

c) arquivar os autos.”

3. O dirigente da unidade técnica manifestou concordância com a aludida proposta, conforme o despacho à Peça nº 4.

4. Enfim, registro que retirei o presente processo da sessão de julgamento, do dia 27/8/2013, para melhor estudar a sugestão apresentada pelo nobre Ministro José Jorge, no sentido de se promover a audiência dos responsáveis, em vez de se promover a imediata conversão destes autos em TCE.



É o Relatório.