

TC 024.895/2009-7.

Apensos: TC 020.262/2007-9 e 011.785/2009-8.

Natureza: Embargos de declaração em tomada de contas especial.

Entidade: Coordenação Geral de Logística do Ministério da Justiça.

Recorrente: Aplauso Organização de Eventos Ltda. - EPP (CNPJ 37.986.239/0001-92).

Advogados constituídos nos autos: Mirian Lavocat (OAB/DF 19.524) e outros, procuração à página 3 da peça 18.

Pedido de sustentação oral: não há.

Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. REJEIÇÃO DE ALGUMAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. ACOLHIMENTO E ACOLHIMENTO PARCIAL DE OUTRAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. ACÓRDÃO 2.947/2011-TCU-PLENÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO 1.088/2012-TCU-PLENÁRIO. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CULPA DOS GESTORES INSUFICIENTE PARA JUSTIFICAR A CONDENAÇÃO EM DÉBITO OU APLICAÇÃO DE SANÇÃO. PROVIMENTO. CONTAS DOS GESTORES REGULARES COM RESSALVA. ACÓRDÃO 2.448/2012-TCU-PLENÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROVIMENTO. EFEITO INFRINGENTE. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

1. A possibilidade de mais de uma interpretação para as condições contratuais, em regra, aproveita simultaneamente o contratante e o contratado, permanecendo a necessidade de se apurar a responsabilidade de quem redigiu a cláusula que deu causa à controvérsia.

INTRODUÇÃO

Trata-se de embargos de declaração (peça 145) opostos pela empresa Aplauso Organização de Eventos Ltda.-EPP contra o Acórdão 2.448/2013–TCU–Plenário (peça 120), decisão proferida em sede de recurso de reconsideração.

2. Após o regular trâmite do feito, o Plenário da Corte de Contas prolatou o acórdão recorrido, cujo teor da parte dispositiva, em atenção ao disposto no art. 69 do RITCU, reproduz-se a seguir:

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de recursos de reconsideração interpostos em face do Acórdão 2.947/2011-Plenário, proferido no âmbito de tomada de contas especial decorrente de conversão de relatório de auditoria realizada na Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fulcro nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992 e 161 do Regimento Interno do TCU, conhecer dos presentes recursos de reconsideração para, no mérito, dar-lhes provimento, de forma a tornar insubsistentes os itens 9.7, 9.8. e 9.9 do Acórdão 2.947/2011-Plenário e dar a seguinte redação aos itens 9.5 e 9.6 desse acórdão:

*9.5. julgar **regulares com ressalva**, nos termos do art. arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas "b" e "c", da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, inciso II, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno do TCU, as contas dos Srs. Aldi José de Sousa, Sylvio Rômulo Guimarães de Andrade Júnior, Hélio Barbosa da Silva, Alenon de Loyola Fleury Júnior, Jean Ricardo Alves Duque e Cleverson Lautert Cruz e das Sras. Alair Domingues de Sousa e Maria do Perpétuo Socorro de Melo;*

*9.6. **condenar** a empresa Aplauso, ao pagamento das quantias constantes na tabela abaixo, fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas na referida tabela, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:*

IREGULARIDADE	NOTA FISCAL – DATA DO PAGAMENTO	VALOR (R\$)
Pagamento por locação de espaço físico em valor superior ao efetivamente pago ao hotel no qual o evento foi realizado.	3416 – 27/12/2007	2.836,18
Pagamento de despesas de alimentação em quantidade superior ao efetivamente pago ao hotel em face do evento Gestão de Formação dos Servidores de Segurança Pública realizado no período de 22/10/2007 a 26/10/2007.	3215 – 14/12/2007	2.039,15
Pagamento de despesas de alimentação em quantidade superior ao efetivamente pago ao hotel em face do evento Gestão de Formação dos Servidores de Segurança Pública realizado no período de 05/11/2007 a 09/11/2007.	3320 – 26/12/2007	4.468,65
Pagamento por locação de espaço físico em valor superior ao efetivamente pago ao hotel no qual o evento II Seminário de articulação nacional e consolidação das diretrizes para educação do sistema penitenciário foi realizado.	3377 – 23/01/2008	2.651,61
Pagamento por locação de espaços físicos com acréscimos superiores ao previsto nos respectivos contratos , configurando sobrepreço:		
VI Conferência Nacional dos Direitos da Criança e dos Adolescentes	374 - 3/1/2006	7.462,19
Reunião Técnica do SINDEC	1399 - 7/11/2006	- 4,00
Org e Log da Reunião Técnica do SINDEC	1403 – 7/1/2006	2.739,67
Reunião Técnica do SINDEC	2328 - 27/3/2007	318,28
Seminário Nacional com Dir. das Academias de Pol. Civil e Militar	2666 - 3/10/2007	108,97
Conf Int "Novas Direções na Governança na Justiça e na Segurança	1550 - 15/2/2007	649,43
Reunião com Bacen, Febraban e Órgãos de Defesa do Consumidor	1552 - 26/2/2007	28,56
III Rodada de Encontros Técnicos – Mercosul	2008 - 2/1/2007	1.267,18
II SIMITUR	2038 - 26/2/2007	181,12
II Rodada de Encontros Técnicos – Mercosul	2039 - 2/1/2007	1.041,84
Oficina de Trabalho da Matriz Curricular Nacional	2045 - 2/1/2007	175,34
Oficina de Trabalho Plano de Trabalho Quadrienal CPCON	2154 - 28/2/2007	599,67
Reunião do Selo Encla 2007	2159 - 26/2/2007	1.063,44
Reunião com Bacen, Febraban e Órgãos de Defesa do Consumidor	2168 - 26/2/2007	47,42
Reunião Técnica SINDEC	2220 - 15/2/2007	-11,43
III Congresso do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (1)	2221 - 28/2/2007	406,07
Reunião Enclinha	2233 - 15/2/2007	528,96
Reunião entre o DPDC e a FENASEG	2275 - 21/2/2007	44,08
Oficina de Trabalho da Matriz Curricular Nacional	2311 - 15/5/2007	113,90
II Encontro de Gestores de Ensino a Distância	2312 - 15/5/2007	-47,51
Oficina de Trabalho na Matriz Curricular Nacional	2391 25/4/2007	1.358,00



52ª Reunião do DPDC com o SNDC	2509 - 24/5/2007	1.274,00
II Encontro do Selo Encla 2007	2511 - 23/5/2007	327,98
Capacitação em Reclamação Fundamentada do SÍDEC	2563 - 25/6/2007	260,71
Reunião de Ministros da Justiça e do Interior do Mercosul	2009 - 02/01/2007	669,82
Seminário Reforma do Judiciário: Aspectos Constitucionais e Processuais	1325 - 26/09/2008	642,92
II Encontro Nacional da INFOSEG	3053 - 10/12/2007	83,53
Curso de Sistema de Comando de Incidentes –SCI	3210 - 14/12/2007	222,91
II Encontro nacional da rede nacional de altos estudos em segurança	3211 - 14/12/2007	313,52
Seminário Nacional de polícia comunitária	3214 - 14/12/2007	292,62
Gestão de formação dos servidores de segurança pública	3215 - 14/12/2007	574,78
Curso de Sistema de Comando de Incidentes –SCI	3216 – 14/12/2007	139,32
I Encontro Nacional de Gestores da Estatística em Segurança Pública	3217 - 14/12/2007	306,54
Curso de Sistema de Comando de Incidentes –SCI	3218 - 14/12/2007	1.789,24
Curso de Sistema de Comando de Incidentes –SCI	3287 - 14/12/2007	174,15
Curso de Sistema de Comando de Incidentes –SCI	3288 - 14/12/2007	287,41
Curso de Sistema de Comando de Incidentes –SCI	3289 - 14/12/2007	114,93
III Módulo do Curso de gestão em segurança pública - utilizando geoprocessamento	3290 - 14/12/2007	114,96
Matriz curricular em movimento: capacitação para equipe técnica	3291 - 14/12/2007	42,84
III Módulo do Curso de gestão em segurança pública - utilizando geoprocessamento	3294 - 14/12/2007	50,16
Curso de Sistema de Comando de Incidentes –SCI	3297 - 14/12/2007	168,60
Curso de Sistema de Comando de Incidentes –CGAT	3286 - 26/12/2007	790,41
Curso de Sistema de Comando de Incidentes –SCI	3318 - 26/12/2007	304,83
Gestão de formação dos servidores de segurança pública	3320 - 26/12/2007	766,34
I curso de gerenciamento de abrigos temporários	3322 - 26/12/2007	149,44
Curso de Sistema de Comando de Incidentes –SCI	3360 - 26/12/2007	292,59
Fórum internacional de gabinetes de gestão integrada em segurança pública	3378 - 26/12/2007	229,91
Reunião técnica do SINDEC	3298 - 27/12/2007	146,30
Reunião técnica do SINDEC/ 54 reunião do DPDC com SNDC	3330 - 27/12/2007	450,29
Seminário com comunicadores populares	3379 - 27/12/2007	87,78
Reunião da comissão nacional de política indigenista	2847 - 24/01/2008	447,00
Reunião da comissão nacional de política indigenista	2994 - 24/01/2008	-1.451,52
Seminário com comunicadores populares	3248 - 24/01/2008	48,77
Seminário com comunicadores populares	3249 - 24/01/2008	53,64
Congresso comemorativo aos 180 anos do ensino do direito no Brasil	3478 - 13/02/2008	740,31
Encontro de defensores públicos da união	3495 - 13/02/2008	160,94
Encontro mulheres da paz	3496 - 13/02/2008	183,93
Reunião da comissão nacional de política indigenista	3497 - 13/02/2008	-1.596,25
As convenções processuais da Conferência de Haia	2947 - 05/12/2007	146,30

9.2. dar ciência aos recorrentes do teor desta deliberação;

3. Por considerar que existem questões que devem ser aclaradas, a referida empresa opôs embargos, os quais serão enfrentados, em atendimento ao despacho do ministro relator, Ministro Benjamin Zymler, de peça 148.

HISTÓRICO

4. Trata-se de Tomada de Contas Especial resultante da conversão de Relatório de Auditoria determinada por meio do item 9.1 do Acórdão 2.088/2009 – TCU – Plenário (TC 011.785/2009-8). Os trabalhos foram desenvolvidos no âmbito da Coordenação Geral de Logística do Ministério da Justiça com o fim de verificar a regularidade da execução dos contratos firmados com a empresa Aplauso Organização de Eventos Ltda.

5. Depois das comunicações processuais necessárias e da competente análise da 8ª Secex, o MPTCU ofertou seu parecer, divergindo do encaminhamento da unidade técnica no tocante à condenação em débito exclusiva da empresa Aplauso Organização de Eventos Ltda.. A conclusão foi

sustentada com base na culpabilidade dos agentes públicos envolvidos, exsurto a proposta de responsabilização solidária.

6. O Relator da decisão recorrida, em linhas gerais, concordou com as conclusões da 8ª Secex, alinhando-se, porém, ao parecer do MPTCU quanto à solidariedade pelo débito. Ele fez, ainda, constar do Voto condutor da decisão a seguinte constatação:

20.A julgar pelo número de ocorrências identificadas pela equipe de auditoria, o descaso com o dinheiro público foi o sentimento que prevaleceu no MJ no que se refere, pelo menos, à parte da execução de contratos relacionados à Ata de Registro de Preços do Ministério da Saúde. Assim, reafirmo que os responsáveis devem recompor o erário solidariamente com a Aplauso, uma vez que não se cercaram da devida cautela para a realização de despesas relacionadas a eventos promovidos pela empresa contratada, com acréscimo da multa a que se refere o art. 57 da Lei 8.443/92.

7. A conclusão foi pela responsabilização, condenação em débito e aplicação de multa na forma que ficou registrada na decisão recorrida.

8. A empresa envolvida na irregularidade opôs embargos (peças 60), os quais foram conhecidos e rejeitados pelo Acórdão 1.088/2012-TCU-Plenário (peça 87).

9. Vários recorrentes interpuseram recursos de reconsideração (peças 59, 62, 63, 64, 66 e 69). Foram promovidas mudanças na responsabilização e julgamento das contas, alterações assentadas no acórdão embargado (peça 120).

10. Por não ter sido alcançada pelas mudanças implementadas por intermédio do Acórdão 2.448/2013-TCU-Plenário (peça 120), e por entender que há contradições que devem ser sanadas, a empresa opôs embargos. O Relator decidiu ouvir preliminarmente a Secretaria de Recursos (peça 148).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

11. Considerando que esse exame cinge-se ao cabimento do recurso, sem indagar sobre a existência efetiva de omissões, contradições ou obscuridades, verifica-se que o argumento apresentado pela embargante se enquadra, ao menos em tese, no que dispõe o art. 34 da Lei 8.443/92. Ressalta-se, porém, que o presente recurso encontra-se intempestivo, uma vez que a embargante foi notificada do acórdão em 17/10/2013 (AR à peça 138) e opôs os embargos em 29/10/2013 (peça 145), transcorrendo, assim, o prazo de onze dias.

EXAME TÉCNICO

12. A seguir serão apresentados os argumentos da embargante, de forma sintética, seguidos das respectivas análises.

13. **Argumento:** a recorrente sustenta haver contradição no acórdão que precisa ser sanada. Ela aduz que a reforma da decisão foi sustentada nos seguintes argumentos:

(i) os termos do edital, referentes aos pagamentos por locação de espaço, não deixavam 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, e lucro e despesas indiretas”;

(ii) no caso, conclui-se que, tendo em conta a imprecisão das cláusulas editalícias, “a taxa de administração não englobaria os tributos – se seriam ressarcidos à parte-, mas englobaria a margem de lucro e despesas indiretas”. (peça 145, p. 2).

14. Segundo a empresa há contradição no não aproveitamento da imprecisão das cláusulas editalícias e consequente dúvida acerca dos valores cobrados em relação a todos os responsáveis solidários. Ela leciona nos seguintes termos:

9. – É incoerente admitir a complexidade e imprecisão dos termos do edital apenas à interpretação dos gestores dos contratos, de forma a afastar somente a responsabilidade desses, quando a embargante foi submetida ao mesmo equívoco. No entender da embargante, sua culpabilidade haveria de ser excluída nos mesmos termos fixados aos demais responsáveis. Ao seu revés, foi condenada individualmente. (peça 145, p. 3).

15. Assim, sustenta que a ausência de culpabilidade resultante da interpretação equivocada do edital deve alcançar a todos os envolvidos, cabendo agraciar todos com o benefício da dúvida.

16. Ademais, aponta o pioneirismo no registro de preços para a área de eventos, exsurgindo discussões e interpretações incorretas nas avenças do segmento de eventos.

17. **Análise:** por oportuno, reproduz-se trecho do voto da decisão recorrida onde está registrada parcela das questões utilizadas pela recorrente na oposição dos embargos:

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 futura 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) (sublinhados os trechos mais relevantes da discussão).

18. Forçoso reconhecer que o Relator trouxe para a discussão dos recursos elementos de análise que obrigam a adoção de bases mais amplas na formação do livre convencimento do julgador. De fato não é possível afirmar que a empresa contratada realizava o recolhimento da carga tributária pelo lucro real ou pelo lucro presumido. Ademais, o Ministro esclarece (item 32) que ao admitir a

possibilidade de que a administração efetue pagamentos em função da carga tributária da empresa haveria, de forma indireta, interferência nas margens de lucro a serem auferidas nas contratações.

19. Acertado o entendimento de que a interferência na margem de lucro pretendida pela empresa é algo ilegal e afronta a livre iniciativa. A administração pública não deve influenciar nas questões internas do estabelecimento, o que, por outro lado, não deve ser confundido com o comprometimento com a margem de lucro fixada pela contratada. A situação a ser perseguida é a elaboração de editais de contratação com cláusulas e condições muito bem definidas e isonômicas, as quais evitem o enriquecimento indevido; deixando, porém, de interferir nas questões particulares da empresa contratada.

20. Retornado para o caso concreto, da conjugação do item 4.1. do anexo III do edital (anexo 5, fl. 31) com o item 4.2.7. do edital assim dispunha (anexo 5, p. 7) a leitura que se teve é que 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, essa segunda hipótese a assumida pelo TCU para a citação dos responsáveis. Em adição à avaliação de que as regras de pagamento não estavam muito claras, foi resgatado o entendimento dos gestores dos contratos, consoante a manifestação da Diretoria de Administração e Logística Policial do Ministério da Justiça (p. 116, anexo 2).

21. Nesse sentido, os elementos acrescidos passaram a demonstrar a dificuldade de se apurar os valores devidos em algumas contratações efetuadas pela administração pública em face da carga tributária suportada pelos contratados.

22. No item 35 do Voto condutor da decisão as questões foram sintetizadas na conclusão de que as dúvidas acerca dos valores a serem efetivamente pagos resultam da imprecisão das cláusulas editalícias, pois que não definiram de forma objetiva como seria a remuneração da contratada na hipótese de locação de espaços físicos.

23. No item 38 reproduzido, a dedução é que as dificuldades relacionadas para afastar a responsabilidade dos gestores que recorreram devem ser aproveitadas em relação aos gestores que preferiram não recorrer.

24. A solução aplicada à empresa Aplauso foi outra (item 39). O débito foi mantido em relação a ela por não ter apresentado informações para justificar os preços praticados. Ademais, mostrou resignação com a decisão ao deixar de manejar o devido recurso.

25. Sem sombra de dúvida a decisão questionada apresenta bases sólidas, pois sustentada na ausência de interesse da empresa de recorrer, bem como na abnegação quanto à entrega de informações adicionais que justifiquem os preços por ela cobrados.

26. Nota-se, contudo, que uma das condições utilizadas na alteração da decisão **a quo** foi a dificuldade de se definir de maneira clara a forma de cobrança dos valores. Ora, a dúvida quanto à cobrança dos impostos dentro ou fora da taxa de administração é circunstância que aproveita igualmente o contratante e o contratado. Tem mais razão a instauração de tal dúvida quando se avalia a conduta do contratado, pois que o contratante é o responsável pela redação das condições assentadas no contrato.

27. Ademais, a imprecisão em relação à correta forma de cálculo das faturas confere indecisão ao valor do débito a ser cobrado da embargante.

28. Assim, por questão de equilíbrio da decisão, reconhecido que o principal motivo do afastamento da responsabilidade dos gestores da Coordenação Geral de Logística do Ministério da Justiça resulta da dificuldade de definir a correta forma de cobrança do contrato, condição que aproveita a embargante, a conclusão é pelo conhecimento e concessão e de efeito infringente para afastar a responsabilidade da empresa.

29. No tocante aos pagamentos de despesas com alimentação em quantidade superior ao efetivamente fornecido, outra parcela do débito que permaneceu exclusivamente em relação à embargante, o Relator do recurso sustentou o seguinte entendimento:

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.Observe 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, entendendo 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. (sublinhado inexistente no original).

30. Essa segunda parcela do dano resulta igualmente da dificuldade de interpretação do edital no ponto relacionado aos meios para se ajustar os valores do contrato em função da variação de preços, ao mesmo tempo que mescla a conduta dos gestores com a posição da empresa contratada. São claros os sinais de culpa concorrente, pois se por um lado a contratada faturou de modo equivocado, por outro os responsáveis pela contratante aceitavam efetuar pagamento sem o necessário confronto entre as notas fiscais da empresa prestadora do serviço e as notas emitidas pelo estabelecimento que intermediava a contratação.

31. Por oportuno, o reconhecimento da embargante de que cobrou quantidade maior de refeições para compensar o aumento dos preços não representa automaticamente a prática de conduta dolosa. A solução encontrada pelo estabelecimento pode ser resultado da falta de orientação da contratante e de fiscalização.

32. Ademais, a reduzida magnitude dos valores impugnados apontada pelo Relator e a falta de critério mais rigoroso de fiscalização pela contratante são condições que aproveitam também a empresa.

33. À vista das avaliações precedentes, por considerar que os novos elementos trazidos para os autos, os quais fizeram com que os fundamentos da decisão fossem ampliados, a conclusão é que os embargos devem ser acolhidos com efeito infringente, excluindo a responsabilidade da empresa Aplauso Organização de Eventos Ltda. – EPP quanto ao pagamento do débito detalhado no item 9.6, nova redação conferida pelo acórdão recorrido.

CONCLUSÃO

34. Eventual reconhecimento da dificuldade de interpretar o contrato com vistas à correta execução da avença socorre simultaneamente o administrador do contratante e o contratado, não cabendo a responsabilização exclusiva de um deles. Essa condição não afasta a necessidade de investigar a responsabilidade de quem redigiu a cláusula controversa.

35. Ademais, se em função da análise do caso concreto forem agregadas à avaliação informações ou condições ainda não consideradas ou não superadas, as quais colocam em dúvida a existência ou correta quantificação do dano, exsurge a incerteza capaz de sustentar o julgamento pela regularidade com ressalva das contas e afastamento do débito.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

36. Não foram observadas questões adicionais não diretamente relacionadas ao mérito.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

37. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos **embargos de declaração** opostos por **Aplauso Organização de Eventos Ltda. - EPP** contra o Acórdão 2.947/2011, modificado pelo Acórdão 2.448/2013, ambos do Plenário, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, II, e 34 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer dos embargos de declaração e, no mérito, acolhê-los, atribuindo-lhes efeito infringente, para anular o item 9.6 do Acórdão 2.947/2011, modificado pelo Acórdão 2.448/2013, ambos do Plenário.

b) dar ciência às partes e aos órgãos/entidades interessados.

Serur / 4ª Diretoria, em 14 de fevereiro de 2014.

(Assinado eletronicamente)

Antonio da Cunha Nunes Filho
AUFC – Mat. 5617-0