

Proc. TC 024.895/2009-7
Tomada de Contas Especial (Embargos de Declaração)

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator

Trata-se de embargos de declaração opostos pela empresa Aplauso Organização de Eventos Ltda. – EPP em face do Acórdão 2.448/2013-Plenário (peça 120), profêrido em sede de recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão 2.947/2011 (peça 16, p. 50-51 e peça 17, p. 1-4), mantido em sede de embargos pelo Acórdão 1.088/2012 (peça 87), ambos do Plenário do TCU.

O **Acórdão 2.947/2011-Plenário** foi profêrido no âmbito de tomada de contas especial decorrente da conversão de Relatório de Auditoria (por força do item 9.1 do Acórdão 2.088/2009-Plenário, prolatado no âmbito do TC 011.785/2009-8), o qual tratou de Auditoria de Conformidade realizada na Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça, tendo por objetivo verificar a regularidade de contratos firmados entre o Ministério da Justiça e a empresa Aplauso Organização de Eventos Ltda., doravante denominada Aplauso.

Em decorrência dessa deliberação, diversos servidores do Ministério da Justiça tiveram suas contas julgadas irregulares, sendo condenados, solidariamente à empresa Aplauso, à restituição de valores pertinentes às seguintes notas fiscais:

- Sr. Aldi José de Sousa - notas fiscais 3215, 3320, 3416 e 3377;
- Sras. Alair Domingues de Sousa e Maria do Perpétuo Socorro de Melo - notas fiscais 2328 e 2666;
- Sra. Alair Domingues de Sousa e Sr. Sylvio Rômulo Guimarães de Andrade Júnior - notas fiscais 1550, 1552, 2008, 2038, 2039, 2045, 2154, 2159, 2168, 2220, 2221, 2233, 2275, 2311, 2312, 2391, 2509, 2511 e 2563;
- Srs. Hélio Barbosa da Silva e Sylvio Rômulo Guimarães de Andrade - notas fiscais 2009, 374, 1399 e 1403;
- Srs. Hélio Barbosa da Silva e Alenon de Loyola Fleury Júnior - nota fiscal 1325;
- Srs. Aldi José de Sousa e Jean Ricardo Alves Duque - notas fiscais 3053, 3210, 3211, 3214, 3215, 3216, 3217, 3218, 3287, 3288, 3289, 3290, 3291, 3294, 3297, 3286, 3318, 3320, 3322, 3360, 3378, 3298, 3330, 3379, 2847, 2994, 3248, 3249, 3478, 3495, 3496 e 3497;
- Srs. Aldi José de Sousa e Cleverson Lautert Cruz - nota fiscal 2947.

Irresignados com a deliberação, os Srs. Aldi José de Sousa, Sylvio Rômulo Guimarães de Andrade Júnior, Hélio Barbosa da Silva, Alair Domingues de Sousa e Cleverson Lautert Cruz compareceram aos autos, interpondo recursos de reconsideração.

Os argumentos oferecidos foram analisados por intermédio da instrução que constitui a peça 111 destes autos, com a qual aquiesceram os dirigentes da Serur, tendo a unidade e especializada concluído pelo conhecimento dos recursos interpostos, para, no mérito, negar-lhes provimento.

Submetidos os autos a este Ministério Público junto ao TCU, manifestei-me de acordo com a análise empreendida e com o encaminhamento alvitrado pela Serur quanto aos recursos

oferecidos pelos Srs. Sylvio Rômulo Guimarães de Andrade Júnior, Aldi José de Sousa, Alair Domingues de Souza e Hélio Barbosa da Silva, no sentido de negar-lhes provimento.

Divergi, apenas, quanto ao recurso oferecido pelo Sr. Cleverson Laurent Cruz, por considerar que:

(...) apesar de o responsável ter promovido o recolhimento do débito só após a sua condenação, o que impossibilitaria, em princípio, seu enquadramento no disposto no § 2º do art. 12 da Lei 8.443/1992 e no § 4º do art. 202 do RI/TCU, as características do caso concreto ensejariam o provimento do recurso, em caráter excepcional, no sentido do julgamento pela regularidade com ressalva de suas contas (...).

Ao apreciar os recursos oferecidos, Vossa Excelência discordou desse entendimento, concluindo que os recursos deveriam ser providos.

No que concerne ao débito referente ao pagamento por locação de espaço físico em valor superior ao previsto contratualmente, Vossa Excelência ponderou o que segue (peça 118):

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 esses 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 – CSSL 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. Á 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. (grifei)

Com relação ao débito pertinente ao pagamento de despesas de alimentação em quantidade superior ao efetivamente fornecido, Vossa Excelência teceu as seguintes considerações:

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 efetuado 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 para 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. (grifei)

Acolhendo o entendimento contido no Voto de Vossa Excelência, o Tribunal deliberou, mediante o **Acórdão 2.448/2013-Plenário** (peça 120), por conhecer dos recursos de reconsideração para, no mérito, dar-lhes provimento, tornando 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 *decisum*:

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 Cleverton 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 (...).

Notificada da decisão (peça 132), a Aplauso opôs os embargos que ora são analisados (peça 145), alegando a existência de contradição no acórdão recorrido (peça 145).

Consignou a empresa que:

- a) a reprovabilidade na conduta dos servidores do Ministério da Justiça fora afastada “em razão da imprecisão das cláusulas editalícias que não fixaram de forma objetiva como seria a remuneração da contratada na hipótese de locação de espaços físicos”;
- b) seria “incoerente admitir a complexidade e imprecisão dos termos do edital apenas à interpretação dos gestores dos contatos, de forma a afastar somente a responsabilidade desses, quando a embargante foi submetida ao mesmo equívoco

[imprecisão das cláusulas editalícias e conseqüente dúvida acerca dos valores envolvidos]”;

- c) a “insuficiente culpabilidade reconhecida pelo TCU, por interpretação equivocada do edital, abrange a todos os envolvidos na execução dos contratos em análise no presente caso (...). Não parece razoável que os efeitos favoráveis da decisão incidam somente em prol de determinados responsáveis e excluam àqueles em idêntica situação. Assim como aos gestores, à Aplauso deve se atribuir o benefício da dúvida”;
- d) não pode ser visto como sobrepreço algo que serve para firmar uma remuneração adequada e justa em um mercado diferenciado como o de eventos;
- e) eventuais pagamentos de serviços em quantitativos superiores não têm o condão de sugerir prejuízo ao erário, “tendo em vista que todos os serviços foram prestados (...) ou estavam à disponibilidade do gestor públicos (contratante) para o uso, sempre dentro do objeto da contratação”.

Mediante Despacho à peça 148, Vossa Excelência determinou à Serur a instrução do mérito dos presentes embargos de declaração.

Em cumprimento, foi elaborada a instrução que constitui a peça 156 destes autos, com a qual aquiesceram os dirigentes daquela secretaria especializada (peças 157 e 158).

No tocante ao pagamento por locação de espaço físico, ponderou a Serur, em essência, que:

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. (grifei)

Com relação ao pagamento de despesas de alimentação em quantidade superior ao efetivamente fornecido, observou que:

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. (grifei)

Em face do exposto, posicionou-se pelo conhecimento dos presentes embargos de declaração para, no mérito, acolhê-los, atribuindo-lhes efeito infringente, para anular o item 9.6 do Acórdão 2.947/2011, modificado pelo Acórdão 2.448/2012, ambos do Plenário.

**

Este Representante do Ministério Público junto ao TCU se manifesta parcialmente de acordo com a proposição da Serur.

No que concerne ao pagamento por locação de espaço físico, à semelhança da unidade especializada, entendo evidenciada a alegada contradição, uma vez que a dúvida acerca dos valores a serem efetivamente pagos, decorrente da imprecisão das cláusulas editalícias, se aplica tanto ao contratante como ao contratado. Com efeito, como bem ressaltado pela Serur, tal se mostra ainda mais evidente no caso do contratado, já que o contratante é o responsável pela elaboração das cláusulas do edital/contrato.

Dirirjo, no entanto, quanto à segunda ocorrência, entendendo que deva ser mantido o débito imputado à Aplauso.

Por pertinente, reproduzo trecho do parecer que proféri quando da apreciação dos recursos de reconsideração interpostos pelos servidores do Ministério da Justiça (peça 117):

Com relação às despesas de alimentação em quantidade superior ao efetivamente pago ao Hotel San Marco, é de se observar que o Tribunal, quando do julgamento destes autos, reconheceu a regularidade da contratação de quantidade pré-definida de refeições quando da solicitação de organização de um evento, bem assim a impossibilidade de sua alteração durante a sua realização.

Conforme registrado na instrução que fundamentou o acórdão recorrido (peça 14, p. 34, 37-39):

(...), o fornecimento de refeições é contratado antecipadamente ao evento, por uma quantidade pré-definida, de acordo com a presença estimada de participantes, regulado por um contrato assinado entre o hotel e a empresa organizadora do evento.

(...) E qualquer ajuste na contratação de quantidade pré-definida de refeições a ser fornecida requer um agendamento com certa antecedência, o que impossibilita uma mudança dessa quantidade durante a realização do evento.(...) Complementarmente, (...) a nota fiscal 396016, emitida pelo hotel Fiesta Bahia Hotel em 29/10/2007 [peça 42, p. 15-17] (...), corrobora as evidências da alegada despesa com alimentação.

(...)

Como já analisado nos itens anteriores, o controle de atendimento e comparecimento de participantes previamente inscritos não pode ser considerado de maneira incondicional para o cálculo da quantidade de refeições a serem fornecidas no evento.

Os argumentos apresentados pelo senhor Aldi são factíveis para a abertura de um evento, que, em geral, conta com um público maior, de modo que a previsão de acréscimo de 10% na quantidade de refeições nessa data é justificável.

Destacamos que a quantidade de refeições consignada na nota fiscal 3378, emitida pela Empresa Aplauso, por ser convalidada com a nota fiscal 020447, emitida pela Pestana São Luís Resort Hotel [peça 42, p. 45-46] (...).

Essas considerações, inclusive, foram tecidas quando do acolhimento das alegações de defesa oferecidas pelo Sr. Aldi em face das notas fiscais 3053 e 3214.

É de se destacar, todavia, que existe uma grande diferença entre aquelas e a notas fiscais ora em análise: naqueles casos, as quantidades cobradas pelos hotéis corroboraram o quantitativo de refeições faturadas pela Aplauso. No caso das notas fiscais 3215 (R\$ 2.039,15) e 3320 (R\$ 4.468,65), as informações não são coincidentes.

Embora as quantidades constantes das ASs atestadas possam conferir com as quantidades solicitadas pela área demandante, e apesar de não haver registro de que tenha havido solicitação de alteração nas quantidades requeridas, **o fato é que o hotel cobrou por um número de refeições menor, não cabendo à agência a percepção da diferença entre o previsto e o efetivamente realizado. Pelos seus serviços de intermediação, inclusive, ela já receberia taxa de administração.**

Conforme já asseverei em minha manifestação anterior, o responsável não ofereceu qualquer prova concreta que se contraponha a informação aduzida nas notas fiscais emitida pelo Hotel San Marco. Diversamente do alegado, o Relatório de Vistoria à peça 22, p. 2, ante a sua superficialidade, não se reveste desse caráter.

Nesse sentido, reproduzo o seguinte trecho do meu parecer anterior:

Ora, sendo o Hotel San Marco uma empresa que visa lucro, não nos afigura lógico que efetuasse cobrança a menor dos serviços/produtos por ele fornecidos, com vistas apenas a beneficiar a Aplauso. Ademais, ainda que possa ter sido de mandada uma quantidade superior, o hotel veio a faturar tão somente os quantitativos prestados, benefício esse que deveria ter sido repassado ao ministério pela Aplauso.

No que concerne ao valor do débito imputado ao responsável, a leitura de meu parecer antecedente, do qual transcrevo o excerto abaixo, permite vislumbrar que, a despeito da equivocada menção do valor unitário de R\$ 40,00, o débito foi apurado considerando o preço unitário de R\$ 44,50, cobrado pela Aplauso e pelo hotel:

Restou assente, da resposta da Aplauso, que foram cobradas refeições em número superior ao efetivamente fornecido.

Alegou a empresa que tal decorreria da divergência entre o preço cobrado pelo Hotel San Marco e o oferecido pela empresa em sua proposta, tendo a Aplauso promovido alteração na quantidade de refeições servidas, de forma a cobrir essa diferença.

Vejam, então, a título de exemplo, as despesas com almoço e jantar pertinentes à nota fiscal 3215. Como referenciado no Relatório de Auditoria às fls. 55/56, volume principal destes autos, o hotel emitiu a nota fiscal 76274 informando o fornecimento de 202 almoços e 125 jantares (total de 327 refeições), ao custo unitário de R\$ 44,50. Portanto, o montante efetivamente cobrado correspondeu a R\$ 14.551,50.

Ora, caso fosse observado o preço constante da Ata de Registro de Preços, no valor individual de R\$ 40,00 (fls. 164, Anexo 2 destes autos) para as mesmas 327 refeições, o valor a ser faturado pela Aplauso seria de R\$ 13.080,00. A diferença entre os dois valores seria de R\$ 1.471,50, correspondente a 36,8 refeições ao custo unitário previsto na Ata de Registro de Preços.

A Aplauso, por sua vez, cobrou o fornecimento de 225 almoços e 132 jantares (30 refeições a mais), ao que consta, para se compensar da diferença entre o valor de sua proposta e o preço efetivamente cobrado pelo hotel. Todavia, ao invés de usar o preço unitário constante da Ata de Registro de Preços para as 357 refeições (correspondente a R\$ 14.280,00), a empresa usou o custo individual de R\$ 44,50, **resultando no pagamento de R\$ 15.886,50, ou seja, R\$ 1.335,00 a mais do que o valor que, em princípio, lhe seria devido (R\$ 14.551,50).**

Portanto, não há como se acolher a justificativa de que a cobrança a maior no número de refeições, constantes das notas fiscais 3215 e 3320 serviu “estritamente para cobrir a diferença de valores praticados pelo hotel”, permanecendo o débito apurado.

Tem-se, portanto, que foram cobrados serviços/produtos em quantidade maior do que a efetivamente prestada, não havendo como se acolher os argumentos ofertados, permanecendo o débito imputado. (grifei)

Ante todo o exposto, divergindo, em parte, da Serur, posiciono-me pelo conhecimento dos presentes embargos de declaração para, no mérito, acolhê-los parcialmente, atribuindo-lhes efeitos infringentes apenas com relação aos “pagamentos por locação de espaço físico em valor superior ao previsto contratualmente”.

Ministério Público, em 03 de outubro de 2014.

Lucas Rocha Furtado
Subprocurador-Geral