GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 024.895/2009-7 [Apensos: TC 011.785/2009-8, TC 020.262/2007-9]

Natureza(s): Embargos de declaração em recurso de reconsideração em tomada de contas especial

Órgão/Entidade: Coordenação Geral de Logística do Ministério da Justiça.

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

Advogados constituídos nos autos: Geraldo Albano Safe Carneiro (OAB/DF 1.234), Max Robert Melo (OAB/DF 30.598), Mírian Lavocat (OAB/DF 19.524)

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONTRATO. ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS. PAGAMENTOS INDEVIDOS. CONTAS IRREGULARES. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO SOLIDÁRIO AOS GESTORES E À EMPRESA CONTRATADA. MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. CULPABILIDADE DOS GESTORES INSUFICIENTE PARA JUSTIFICAR A CONDENAÇÃO EM DÉBITO OU A APLICAÇÃO DE SANÇÃO. PROVIMENTO. MANUTENÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. REDUÇÃO DO DÉBITO IMPUTADO À CONTRATADA.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução da Secretaria de Recursos:

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:*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

*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:*

...

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, exsurgindo 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*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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)*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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 porcentual 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 porcentual de 19,87%. Assim, por se considerar ser devido somente o porcentual de 14,45%, a condenação em débito por esta Corte decorreu da apuração da diferença entre esses valores porcentuais.

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**. 0 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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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 porcentual 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 Essaobjetivo que não definiram de forma objetiva como seria a remuneração da contratada na hipótese de locação de espaços físicos.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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 foram 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.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)*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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. (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.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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.

2. O Ministério Público junto ao TCU assim se manifestou:

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), proferido 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 proferido 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 especializada concluído pelo conhecimento dos recursos interpostos, para, no mérito, negar-lhes provimento.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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 porcentual 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 porcentual de 19,87%. Assim, por se considerar ser devido somente o porcentual de 14,45%, a condenação em débito por esta Corte decorreu da apuração da diferença entre esses valores porcentuais.*
>
> *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.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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 – 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.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).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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 porcentual 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 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*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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, 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. (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 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 (...).

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 consequente 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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 foram 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

mais evidente no caso do contratado, já que o contratante é o responsável pela elaboração das cláusulas do edital/contrato.

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

Por pertinente, reproduzo trecho do parecer que proferi 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 demandada 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*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.

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***.
>
> *Vejamos, 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".

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52220478.