

TC 033.237/2015-8

Natureza: Tomada de Contas Especial

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Ubirajara/SP

Responsáveis: José Altair Gonçalves (CPF 056.064.258-07), Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi (CPF 322.080.708-95) e Usina de Promoções de Eventos Ltda. (CNPJ 09.520.843/0001-93),

Advogado constituído nos autos: não há

Proposta: citação solidária

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo (MTur) contra o Sr. José Altair Gonçalves, prefeito de Ubirajara/SP no período de 1/1/2009 a 31/12/2012, por impugnação total das despesas do Convênio MTur/Município de Ubirajara - SP 704408/2009, celebrado em 11/8/2009, no valor de R\$ 105.000,00, sendo R\$ 90.000,00 do concedente e R\$ 15.000,00 referentes à contrapartida.

2. O convênio, cujo termo se encontra na peça 1, p. 33-50, com vigência no período de 11/8 a 27/11/2009, tinha por objeto apoiar o “1º Festival Cultural Solidário” realizado no dia 15/8/2009, por meio da contratação de show da dupla sertaneja “Guilherme e Santiago”.

HISTÓRICO

3. Os recursos (R\$ 90.000,00) foram liberados em 13/10/2009 por meio da OB 2009OB801489 (peça 1, p. 52) e eram originários de emenda parlamentar do Deputado Federal Dr. Nechar (peça 1, p. 21).

4. Em 3/12/2009, por meio do Ofício 1241/2009, a Prefeitura encaminhou ao MTur a prestação de contas (peça 1, p. 60).

5. Em 12/4/2010, o MTur emitiu o Parecer de Análise de Prestação de Contas – Parte Técnica 625/2010, reprovando a documentação por não ter demonstrado a divulgação do evento em rádio e em carro de som (peça 1, p. 61-7).

6. Em 29/5/2012, o Ministério elaborou a Nota Técnica de Análise 511/2012 com ressalvas à prestação de contas (peça 1, p. 68-73) porque as fotos juntadas não eram suficientes para comprovar a realização do evento e porque o contrato de exclusividade dos artistas era restrito à data e à localidade do evento e não estava registrado em cartório.

7. Em 30/5/2012, o Ministério enviou ao responsável o Ofício 598/2012 – CGMC/SNPTur/MTur notificando-o das ressalvas e fixou o prazo de quinze dias para que a prefeitura enviasse a documentação complementar comprobatória da regular utilização dos recursos públicos aplicados no âmbito do convênio sob pena de inscrição no Cadin/Siafi e instauração de tomada de contas especial (peça 1, p. 74).

8. Em 15/6/2012, mediante o Ofício 68/12, a prefeitura respondeu o Ofício 598/2012 – CGMC/SNPTur/MTur encaminhando documentos complementares (peça 1, p. 76).

9. Em 29/10/2012, o ex-prefeito, José Altair Gonçalves, solicitou cópia do processo (peça 1, p. 77).

10. Em 26/12/2012, o Ministério emitiu a Nota Técnica de Reanálise 1111/2012 reprovando a prestação de contas em razão da falta de comprovação da divulgação do evento em rádio (peça 1, p. 81-5).
11. Em 28/12/2012, o Ministério enviou ao responsável o Ofício 1447/2012 – CGMC/SNPTur/MTur, fixando o prazo de quinze dias para que a prefeitura enviasse a documentação complementar comprobatória da regular utilização dos recursos públicos aplicados no âmbito do Convênio sob pena de inscrição no Cadin/Siafi e instauração de tomada de contas especial (peça 1, p. 86).
12. Em 31/12/2012, por meio do Ofício Especial S/N, o ex-prefeito encaminhou ao Ministério documentação complementar (peça 1, p. 88).
13. Em 19/12/2013, o Ministério emitiu a Nota Técnica de Reanálise 161/2013 em que apontou a falta de comprovação da divulgação do evento pelo rádio, impugnando o valor de R\$ 4.996,00 (peça 1, p. 91-3).
14. Em 30/1/2015, o Ministério enviou à prefeitura e ao ex-prefeito os Ofícios 203 e 204/2015/CGCV /SPOA/SE/MTur notificando-os da reprovação da prestação de contas (peça 1, p. 95-7).
15. Em 30/1/2015, o Ministério emitiu a Nota Técnica de Análise Financeira 60/2015 reprovando o contrato de exclusividade da Usina de Promoções de Eventos Ltda. com os artistas, pois não observavam as determinações contidas no Acórdão 96/2008 - TCU – Plenário (peça 1, p. 98-104).
16. Em 13/2/2015, o ex-prefeito encaminhou ao Ministério carta para se defender das imputações constantes do Ofício 203/CGCV /SPOA/SE/MTur (peça 1, p. 105-15).
17. Em 7/4/2015, o Ministério enviou à prefeitura e a o ex-prefeito os Ofícios 40 e 41/2015/CEPC/SPOA/SE/MTur notificando-os da reprovação da prestação de contas e encaminhando em anexo a Nota Técnica de Análise Complementar Financeira 44/2015 com o exame efetuado na prestação de contas do convênio (peça 2, p. 24-7).
18. O Relatório de Tomada de Contas Especial 361/2015 sintetizou as irregularidades constatadas na execução do convênio e apontou o Sr. José Altair Gonçalves como responsável por ser o gestor e ter feito toda a movimentação financeira do projeto, devendo ser restituído ao Tesouro Nacional o valor integral recebido (R\$ 90.000,00), atualizado monetariamente (peça 2, p. 43-7).
19. O Relatório de Auditoria, o Certificado de Auditoria e o Parecer do Dirigente do Órgão de Controle Interno 1883/2015 confirmaram a irregularidade das contas (peça 2, p. 67-71).
20. O Pronunciamento Ministerial pela irregularidade das contas do convênio foi emitido em 11/11/2015 (peça 2, p. 79).
21. A instrução contida na peça 3 propôs a citação do ex-prefeito, pelo valor impugnado de R\$ 4.996,00 (quatro mil, novecentos e noventa e seis reais) para que apresentasse alegações de defesa e documentos que pudessem comprovar a divulgação do evento em rádio.
22. Foi também proposta a audiência do ex-prefeito em relação à contratação do show da dupla sertaneja por inexigibilidade de licitação em desconformidade com o art. 25 da Lei 8.666/1993 e com o Acórdão 96/2008 – TCU – Plenário.
23. No entanto, o Ministro-Relator, Bruno Dantas, discordou da proposta por entender o seguinte (peça 6):
[...]
5. Não obstante o habitual zelo da unidade instrutiva, penso que o processo merece outro deslinde, mantendo a harmonia e a coerência com outros julgados do TCU.

6. Antecipo que as ponderações a seguir guardam estreita consonância com despachos que já exarei em outros processos (p.ex., TC's 008.291/2015-2 e 016.922/2015-8) e, principalmente, com a mensagem eletrônica enviada em 20/4/2016 pelo meu Chefe de Gabinete às unidades técnicas que estão instruindo as centenas de tomadas de contas especiais autuadas a partir de 2015 pelo MTur contra entidades de São Paulo.

7. Preliminarmente, destaco que houve potencial execução de despesas antes da celebração do convênio, prática vedada pelo art. 39, inciso V, da então vigente Portaria Interministerial 127/2008, e veementemente combatida por esta Corte (p.ex., Acórdãos 6.051/2012, da 1ª Câmara, 5.165/2011, 1.812/2013 e 2.404/2015, da 2ª Câmara, e 1.934/2009 e 7.320/2014, do Plenário), uma vez que o convênio foi assinado em 11/8/2009, que o evento ocorreu em 15/8/2009 e que os recursos somente foram liberados por meio de ordem bancária datada de 13/10/2009.

8. Assim, não posso concordar com a ilação da unidade instrutiva no sentido de que estaria demonstrado o nexo de causalidade entre os recursos repassados e as despesas realizadas. Embora a prestação de contas tenha sido apresentada pelo responsável, não há nos autos, por exemplo, a nota fiscal da contratação da dupla sertaneja ou o extrato da conta corrente específica do convênio. Assim, não está inequivocamente comprovado o nexo de causalidade entre os recursos federais disponibilizados e as despesas executadas.

9. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que tal demonstração é especialmente importante quando se trata de recursos federais geridos por pessoas que, ordinariamente, têm acesso a diversas fontes de recursos públicos e privados. Preocupa nesses casos, pois, a possibilidade de gestores mal-intencionados bancarem uma única despesa com duas ou mais origens distintas, permitindo a apropriação indevida de verbas federais (vide, por exemplo, os Acórdãos 958/2008 e 1.909/2014, ambos da 2ª Câmara).

10. Inclusive, pode até ser que seja o caso de necessidade de citação solidária da empresa contratada para realização do evento e beneficiária dos recursos, nos termos do art. 16, § 2º, alínea "b", da Lei 8.443/1992. A responsabilização solidária de empresas contratadas em situações análogas encontra respaldo em diversos precedentes do TCU, a exemplo dos Acórdãos 8.244/2013, 1.830/2015 e 3.262/2015, da 1ª Câmara, e 5.035/2012, 1.451/2015 e 3.532/2015, da 2ª Câmara. Portanto, tal fato deve ser cuidadosamente avaliado pela unidade instrutiva.

11. Ante o exposto, **DECIDO** retornar os autos para saneamento e reinstrução, devendo a unidade técnica levar em conta as orientações contidas na mensagem circular enviada em 20/4/2016 e as ponderações preliminares tecidas neste despacho.

EXAME TÉCNICO

24. Em cumprimento ao despacho do Ministro-Relator, foi feita diligência ao Ministério do Turismo, que encaminhou toda a documentação relativa à prestação de contas do convênio aqui examinado (peças 11 e 12), de modo que se pudesse apreciar a matéria com maior profundidade, à luz dos mais recentes julgados desta Corte.

25. O Convênio tinha por objeto apoiar o "1º Festival Cultural Solidário" a se realizar no dia 15/8/2009, por meio da contratação de show da dupla sertaneja "Guilherme e Santiago".

26. A documentação encaminhada em diversas ocasiões pelo ex-prefeito foi analisada pelas áreas competentes do MTur e reprovada por não ter sido suficiente para comprovar a divulgação feita em rádio, no valor de R\$ 4.996,00, e haver contratado o show da dupla sertaneja por inexigibilidade de licitação em desconformidade com o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e o Acórdão 96/2008 - TCU - Plenário.

27. O ex-prefeito, José Altair Gonçalves, obteve cópia do processo e encaminhou sua defesa em 13/2/2015 perante o Ministério do Turismo (peça 1, p. 105-15). A documentação foi analisada e se manteve a reprovação da prestação de contas nos termos da Nota Técnica de Análise Complementar Financeira 44/2015 (peça 2, p. 20-41).

28. O Plano de Trabalho especificava as seguintes ações a serem realizadas (peça 1, p. 12):

- 28.1. Contratação de show da dupla sertaneja Guilherme e Santiago por R\$ 94.500,00;
- 28.2. Divulgação em rádios renomadas da região, sendo 220 inserções a 25 reais, num total de 44 inserções diárias, durante 5 dias. Isso totalizaria R\$ 5.500,00; e
- 28.3. Divulgação volante em carro de som 100 horas a 50 reais, sendo que será executado por 5 dias a 20 horas por dia, esta divulgação será feita em 8 cidades de nossa região, num total de R\$ 5.000,00.
29. Na instrução contida na peça 3, entendeu-se que a falta de comprovação da divulgação feita em rádio, no valor de R\$ 4.996,00, constituía irregularidade caracterizadora de débito a ser ressarcido pelo ex-prefeito, conforme apontado na Nota Técnica de Reanálise 161/2013 (peça 1, p. 91-3). Embora o valor impugnado fosse inferior ao valor estabelecido pelo TCU no art. 6º da Instrução Normativa 71/2012 para o qual fica dispensada a instauração de tomada de contas especial, os fatos apurados eram semelhantes aos de diversos processos de tomada de contas especial que chegam a esta Corte originárias do Ministério do Turismo, relativos à contratação de shows por inexigibilidade de licitação em desacordo com a Lei 8.666/1993 e a jurisprudência do Tribunal.
30. A Nota Técnica de Reanálise 161/2013 impugnara esse valor de R\$ 4.996,00 porque o conveniente não teria comprovado a divulgação do evento pelo rádio conforme havia sido informado no Plano de Trabalho. Lá estavam previstas 220 inserções a R\$ 25,00 cada (total de R\$ 5.500,00), e a prefeitura apresentara apenas comprovantes da divulgação feita na Rádio Diário FM de Marília Ltda. (tais comprovantes não se encontram nos autos), relativos a 120 inserções a R\$ 4,20 cada, totalizando R\$ 504,00. Por isso foi glosada a diferença entre R\$ 5.500,00 e R\$ 504,00 que resultaria naquele valor de R\$ 4.996,00.
31. O objeto do contrato firmado pela prefeitura com a empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda. (CNPJ 09.520.843/0001-93) está descrito em sua Cláusula 1 e inclui, além dos shows e da infraestrutura, a divulgação do evento:
- CLÁUSULA 1 - DO OBJETO** - Este contrato tem como finalidade a execução pela contratada de shows artísticos definidos no Convênio celebrado junto ao Ministério do Turismo e respectivo plano de trabalho, bem como de montagem de estrutura para realização de tais eventos e demais atividades laborativas descritas no supracitado Convênio e seu plano de trabalho, **também faz parte das responsabilidades da referida contratada a divulgação do evento.** (grifo nosso)
32. Após a diligência ao Ministério do Turismo, foram trazidos os seguintes comprovantes de despesas:
- 32.1. Nota fiscal 21 da Usina de Promoções de Eventos Ltda. no valor de R\$ 105.000,00 (peça 11, p. 7)
- 32.2. Pagamento feito pela Prefeitura, com recursos próprios, ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) – Direitos autorais – quatro parcelas de R\$ 849,21 (peça 11, p. 87-97);
- 32.3. Fatura da Rádio Tupi FM 101.3 no valor de R\$ 750,00, relativa a 50 inserções (peça 11, p. 99);
- 32.4. Declaração da Rádio Adele FM de que recebeu R\$ 1.250,00 por 50 inserções (peça 11, p. 101-2)
- 32.5. Declaração e comprovante de irradiação da Rádio Diário FM de Marília, sem indicação de valor, relativa a 120 inserções (peça 11, p. 102-4); e
- 32.6. Declaração do Sr. Célio Gonçalves Guimarães de que recebeu R\$ 5.000,00 da empresa Usina de Promoção de Eventos como pagamento do serviço de 100 horas de divulgação em carro de som do 1º Festival Cultural Solidário de Ubirajara (peça 11, p. 105-6).

33. Os valores recolhidos pela prefeitura para o ECAD não são objeto desta tomada de contas especial, pois não foram empregados recursos do convênio para esses pagamentos.
34. A divulgação do evento foi feita conforme previa o Plano de Trabalho: 220 inserções em rádio e 100 horas de carro de som. Os documentos trazidos aos autos sobre a divulgação feita pela Rádio Diário FM de Marília não informam o valor cobrado. No entanto, a Nota Técnica de Reanálise 161/2013 registra que a prefeitura apresentara comprovantes da divulgação feita naquela emissora, relativos a 120 inserções no valor unitário de R\$ 4,20, totalizando R\$ 504,00.
35. Não é correta a conclusão do MTur nessa Nota Técnica 161/2013 no sentido de impugnar os R\$ 4.996,00 (R\$ 5.500,00 menos R\$ 504,00), pois o Plano de Trabalho é apenas uma estimativa, feita antes da assinatura do convênio e da contratação dos serviços. Se fosse este o entendimento apropriado (usar o Plano de Trabalho como referência), deveriam ter sido levados em conta também os valores pagos às Rádios Tupi FM 101.3 (R\$ 750,00) e Adele FM (R\$ 1.250,00) (peça 11, p. 99 e 101-2).
36. Ademais, se fosse cabível exigir da empresa contratada a observância dos valores previstos no Plano de Trabalho, não haveria nenhum incentivo para que ela negociasse e obtivesse valores mais baixos. Por essas razões, entende-se razoável considerar que o serviço de divulgação feito pelas rádios e pelo carro de som foi adequadamente prestado.
37. Quanto às notas fiscais ou recibos referentes à dupla sertaneja e aos itens correspondentes à montagem da infraestrutura do evento, não há nada nos autos. Apenas a nota fiscal da empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda., no valor de R\$ 105.000,00 (peça 11, p. 7).
38. O extrato bancário, a nota fiscal apresentada e os comprovantes trazidos aos autos demonstram que houve apenas um pagamento à empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda. no valor de R\$ 105.000,00 (do qual foram descontados R\$ 3.675,00 (3,5%), relativos ao ISS) (peça 11, p. 7-10, e peça 14). Esse valor deveria remunerar a empresa por todos os serviços necessários para a realização do evento e, como a forma de divulgação não fora especificada, não caberia impugnar a diferença entre o valor constante dos comprovantes da Rádio Diário FM de Marília Ltda. e o valor previsto no Plano de Trabalho.
39. Já a contratação do show da dupla sertaneja por inexigibilidade de licitação contraria o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e o Acórdão 96/2008 - TCU - Plenário, pois a carta de exclusividade da dupla sertaneja apenas para o dia da apresentação dos artistas e restrita à localidade do evento não substitui o necessário contrato de exclusividade dos artistas com a empresa contratada, registrado em cartório.
40. A documentação encaminhada pelo ex-prefeito foi considerada suficiente para comprovar a execução do objeto, porém a contratação da Usina de Promoções de Eventos Ltda. para a realização do show da dupla sertaneja por inexigibilidade de licitação foi feita de forma irregular, pois o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência do TCU (em especial o Acórdão 96/2008 - TCU - Plenário) determinam que shows artísticos só podem ser contratados sem licitação se forem apresentados atestados de exclusividade dos artistas com a empresa registrados em cartório, não sendo suficientes as “cartas de exclusividade” para as datas e localidade dos shows. A ausência de apresentação do contrato de exclusividade com os artistas torna irregular a contratação por inexigibilidade de licitação, pois esse documento é imprescindível para caracterizar a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993.
41. Além disso, o contrato firmado com a empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda. não foi publicado no Diário Oficial da União, conforme determinam o art. 26 da Lei 8.666/1993 e o Acórdão 96/2008 - TCU - Plenário.
42. O TCU, em muitos casos, tem entendido que, se ficar comprovado o cumprimento do objeto do convênio e a realização dos shows, com seu devido pagamento, e desde que não haja

superfaturamento, não há débito. Porém fica o responsável obrigado a demonstrar que a contratação foi feita de modo regular; caso contrário, está sujeito à multa do art. 58 da Lei 8.443/1992. A esse respeito, vejam-se os seguintes precedentes desta Corte:

Acórdão 5.662/2014 – TCU 1ª Câmara (Relator: Bruno Dantas)

CITAÇÃO PELA NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS EM FACE DE DIVERSAS FALHAS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. AFASTAMENTO DO DÉBITO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO CONTRATO DE EXCLUSIVIDADE ENTRE A EMPRESA CONTRATADA E OS ARTISTAS. CONTAS IRREGULARES. MULTA. Para a caracterização da hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, é necessária a apresentação do contrato de exclusividade entre os artistas e o empresário contratado, não bastando para tanto a autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas. Em caso de contratação irregular por inexigibilidade de licitação, inexistindo indícios de prejuízo ao erário e estando comprovado que o objeto conveniado foi executado com os recursos do ajuste, não há que se falar na glosa dos valores repassados.

Acórdão 6.730/2015 – TCU 1ª Câmara (Relator: Benjamin Zymler)

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO PARA REALIZAÇÃO DE EVENTO. NÃO APRESENTAÇÃO DE CONTRATO DE EXCLUSIVIDADE. INOBSERVÂNCIA DA IN/STN 1/1997. CITAÇÃO. ALEGAÇÕES DE DEFESA INSUFICIENTES PARA ELIDIR IRREGULARIDADES. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. CONTAS IRREGULARES. MULTA. CIÊNCIA.

43. No mesmo sentido, podem-se mencionar os Acórdãos 5209/2015 – TCU - 2ª Segunda Câmara e 1801/2016 - TCU - 1ª Câmara.

44. Nessas situações, quando não há indícios de dano ao erário, estando comprovados tanto a execução do objeto quanto o nexo causal entre as despesas realizadas e os recursos repassados por força do convênio, a determinação para a devolução dos recursos seria indevida, pois caracterizaria enriquecimento sem causa da União. Cabe, porém, a imputação de multa aos responsáveis, conforme determina o art. 19 da Lei 8.443/1992, reproduzido a seguir:

Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

Parágrafo único. Não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, desta Lei.

45. Por outro lado, há decisões do Tribunal em sentido diverso, ou seja, em que a contratação por inexigibilidade de licitação de empresa para realizar shows, sem os necessários contratos de exclusividade com os artistas, e sem que o contrato firmado com a empresa tenha sido publicado no Diário Oficial da União, são irregularidades que ensejam débito, tal como o Acórdão 8244/2013-TCU-2ª Câmara, proferido no TC 009.600/2012-4, relatado pelo Ministro Walton Rodrigues, de cujo voto se extrai o seguinte:

19.3.8 Nessa linha, veja-se mais recentemente o subitem 9.2.2 do Acórdão 3826/2013-TCU-1ª Câmara, que expediu a seguinte determinação Mtur:

9.2.2. instaure processo de Tomada de Contas Especial, quando no exame da prestação de contas forem constatadas as mesmas irregularidades aqui referidas, especialmente a seguinte, sujeita a glosa: contratação de bandas de música, por meio de inexigibilidade de licitação, sob o fundamento da exclusividade de representação, com base na apresentação de "cartas" e de "declarações" que supostamente atestariam a dita exclusividade, mas na verdade não se prestam para tanto, o que só pode ser feito por meio de contrato firmado entre artistas e empresários, devendo ainda constar

registro em cartório, além de regular publicação, conforme as disposições contidas no termo de convênio, no item 9.5 do Acórdão nº 96/2008-TCU-Plenário e nos arts. 25, inciso III, e 26, todos da Lei 8.666/93;

19.3.9 A preocupação do TCU tem razão de ser porque, nos casos de contratação por inexigibilidade de licitação, a falta de publicação do ato na imprensa oficial torna ineficaz o procedimento, por força do que expressamente dispõe o art. 26 da lei 8.666/93. A lei estabelece a publicação como condição para eficácia do ato porque é ela que propicia a atuação das instâncias de controle, com vistas à suspensão ou à impugnação do procedimento, se cabível, evitando assim a contratação indevida.

19.3.10 Daí que, diante de casos como os ora analisados, em que as Inexigibilidades de Licitação 3/2008 e 2/2007, com recursos dos Convênios 750/2008 e 158/2007, não eram cabíveis, vez que não suportadas por contratos de exclusividade nos moldes delineados pelo Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, não restaria outra alternativa senão impugnar as despesas delas decorrentes.

19.3.11 Obviamente que a situação dos convênios objetos dos presentes autos – e das respectivas inexigibilidades de licitação –, merecem tratamento distinto, em razão do período em que se processaram. Com relação ao Convênio 158/2007 e à Inexigibilidade de Licitação 2/2007, assiste razão aos responsáveis quando arguem pela insubsistência do débito.

19.3.12 De fato, em que pese a flagrante irregularidade do procedimento, não há comprovação quanto à ocorrência do dano. A uma porque o referido convênio foi celebrado antes da prolação do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário; a duas porque não traz cláusula autorizativa de glosa para as hipóteses de ausência de publicação dos contratos de exclusividade de artistas com empresários no DOU; a três porque o convênio foi celebrado antes também da prolação do referido Acórdão 3826/2013-TCU-1ª Câmara, que, genericamente, determinou ao MTur que instaurasse TCE quando constatadas as mesmas irregularidades aqui relatadas.

19.3.13 Poder-se-ia, inclusive, considerando que a prestação de contas do Convênio 158/2007 foi aprovada em 6/11/2008, data em que o MTur já tinha conhecimento do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, configurar o débito, à vista do que dispõe o subitem 9.5.1.2 daquela deliberação. Entretanto, em que pese a irregularidade da inexigibilidade, seria medida desarrazoada fazê-lo quando vista a situação pela ótica do conveniente. Porque não seria medida de justiça exigir dele a adoção de todas as precauções já prescritas por esta Corte acerca desse tipo de contratação quando o próprio instrumento deixou de incluir cláusula específica quanto às especificidades do contrato de exclusividade.

19.3.14 Da mesma sorte, porém, não goza o Convênio 750/2008. Primeiro porque celebrado após a prolação do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, cujo item 9.5.1.2 diz ser motivo de glosa a ausência de publicação do contrato de exclusividade no DOU; segundo porque o próprio instrumento, conforme já relatado, também comporta cláusula que autoriza a glosa nessa mesma situação.

19.3.15 Os documentos apresentados, em ambas as inexigibilidades, não se prestam ao fim desejado, uma vez que a exclusividade só pode ser efetivamente comprovada por meio de contrato, devidamente registrado em cartório, firmado entre o artista e seu empresário, conforme entendimento solidificado nesta Corte. Assim, uma vez não comprovadas as exclusividades de representação, pode-se afirmar que as inexigibilidades em comento são irregulares, constituindo descumprimento do comando legal previsto nos arts. 25, inciso III e 26, todos da Lei 8.666/93.

19.3.16 Quanto ao Convênio 750/2008, sua Cláusula Terceira, inciso II, alínea ‘cc’, prevê a obrigatoriedade de o conveniente, sob pena de glosa dos recursos repassados, providenciar a publicação no DOU dos contratos de exclusividade celebrados entre os artistas e seus respectivos empresários. Essa exigência não foi cumprida, caracterizando irregularidade grave o suficiente não apenas para a reprovação das contas apresentadas pela entidade conveniente, mas também para a glosa do montante repassado ao ente federado. Medidas que, como já se sabe, não foram adotadas no âmbito do órgão concedente.

19.3.17 Nesse ponto, de frisar-se que a falta de publicação do ato de inexigibilidade na imprensa oficial torna ineficaz o procedimento da contratação, por força do que expressamente dispõe o art. 26 da Lei 8.666/93. A lei estabelece expressamente a publicação para a eficácia do ato. Ademais, deve ser considerado que a inexigibilidade não era cabível e que poderia ser impugnada ou contestada tão logo fosse publicado o ato na imprensa oficial, evitando-se assim a contratação indevida. Ou seja, afasta-se eventual argumento de que não houve prejuízo decorrente da falta dessa publicação.

19.3.18 Assim, as despesas decorrentes da Inexigibilidade 3/2008 serão glosadas, constituindo-se em débito. (grifos nossos)

46. O item 7 do despacho do Ministro-Relator (peça 6) sugere que esta Secex examine se teria havido execução de despesas antes da celebração do convênio: [...] “uma vez que o convênio foi assinado em 11/8/2009, que o evento ocorreu em 15/8/2009 e que os recursos somente foram liberados por meio de ordem bancária datada de 13/10/2009”.

47. Os documentos enviados pelo MTur demonstram que isso não ocorreu (pagamento de despesas antes da assinatura do convênio), pois o contrato entre a prefeitura e a empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda. foi assinado em 10/8/2009 (peça 11, p. 43-7); a nota fiscal 21, no valor de R\$ 105.000,00 foi emitida em 14/8/2009 (peça 11, p. 7); e o pagamento foi efetuado em 19/10/2009, por meio do cheque 850.001, de R\$ 101.325,00, conforme se vê no extrato bancário da conta específica (peça 11, p. 10). A diferença de R\$ 3.675,00 correspondeu à retenção de ISS na alíquota de 3,5%, conforme extraído de tela do Siconv (peça 14) e essa retenção é consistente com o registro da transação no extrato bancário.

48. Todavia, em que pesem as considerações acima, há na documentação enviada pelo MTur evidências de duas outras irregularidades graves na contratação da empresa por inexigibilidade de licitação.

49. A primeira consistiu na emissão irregular da nota de empenho em favor da Usina de Promoções de Eventos Ltda.. Conforme se verificou nos autos, a nota de empenho foi emitida pela prefeitura em 3/8/2009 e nessa data nem sequer havia sido iniciado o processo de inexigibilidade de licitação, que só teve seu primeiro ato praticado em 6/8/2009 (peça 11, p. 6 e 37).

50. A emissão dessa nota de empenho criou obrigação para a prefeitura em favor de uma empresa sem que houvesse sido tomada nenhuma providência formal para sua contratação, e sem que a licitação ou sua inexigibilidade tivessem sido efetivadas, o que está em desacordo com os arts. 58 e 61 da Lei 4.320/1964, que dispõem o seguinte:

Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

[...]

Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

51. A segunda irregularidade foi apontada em denúncia formulada perante o MTur por vereadores do município de Ubirajara/SP (peça 11, p. 122-124). Segundo informado pelos denunciante, o sócio da empresa contratada para a realização do evento (Usina de Promoções de Eventos Ltda.), Thiago Roberto Aparecido Mercelino Ferrarezi (CPF 322.080.708-95), foi o usuário que cadastrou a proposta de convênio no Siconv e lançou naquele sistema diversas informações, como se fosse servidor municipal habilitado, desde 12/7/2009, antes de o processo de inexigibilidade de licitação ter-se iniciado (6/8/2009) e antes da assinatura do convênio (11/8/2009), conforme se verificou em consulta ao histórico da proposta (peça 13). Tal fato, se confirmado, enquadra-se nas hipóteses de crimes no processo licitatório previstas nos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/1993, que estabelecem o seguinte.

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

(...)

parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

52. Por essa razão, o débito deve corresponder à totalidade dos recursos repassados, pois os atos possivelmente fraudulentos praticados pelo Sr. José Altair Gonçalves (ex-prefeito) e pelo Sr. Thiago Roberto Aparecido Mercelino Ferrarezi (sócio da empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda.) na contratação da empresa invalidam todo o processo de inexigibilidade de licitação e toda a despesa realizada.

53. Deve-se, assim, dar prosseguimento a este processo para que os responsáveis se defendam e o Tribunal possa proferir seu julgamento.

CONCLUSÃO

54. Os elementos constantes dos autos demonstram que os recursos do convênio foram repassados e utilizados na gestão do ex-prefeito, José Altair Gonçalves e, na forma dos arts. 10, § 1º, e 12, incisos I e II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, do RI/TCU, foi possível definir sua responsabilidade, pois exerceu o cargo de prefeito entre 2009 e 2012, período em que vigeu o convênio, e tinha o dever de apresentar a prestação de contas e sanar eventuais irregularidades, assim assumindo responsabilidade e controle pelos atos praticados na execução na forma ajustada, devendo zelar pela observância das Leis 4.320/1964 e 8.666/1993, do Acórdão TCU 96/2008 – Plenário, das cláusulas do Termo de Convênio e da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127/2008.

55. Verificou-se também que o sócio da empresa contratada (Usina de Promoções de Eventos Ltda.) teve acesso ao Siconv, cadastrou documentos e atuou de forma irregular em diversas fases da execução do convênio, desde 12/7/2009, quando o processo de inexigibilidade de licitação nem havia sido iniciado conforme se verificou na folha de registro do Siconv (peça 13). Assim, há claros indícios de favorecimento à contratada.

56. Assim, será proposta a citação solidária do ex-prefeito, da empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda., contratada por inexigibilidade de licitação para realizar o evento, e do seu sócio, que participou ativamente da elaboração da proposta do convênio, para que se defendam em relação às irregularidades apontadas no Exame Técnico desta instrução.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

57. Consta dos autos cópia da Ação Civil Pública 0000506-38.2015.403.6108 que o município ajuizou perante a 1ª Vara Federal de Bauru/SP para suspender sua inscrição no Cadin (peça 1, p. 117-40 e peça 2, p. 1-19).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

58. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

a) com fundamento nos artigos 10, §1º, e 12, incisos I e II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 202, incisos I e II, e §1º, do Regimento Interno do TCU, realizar a citação solidária do Sr. José Altair Gonçalves (CPF 056.064.258-07), do Sr. Thiago Roberto Aparecido Mercelino Ferrarezi (CPF 322.080.708-95) e da empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda. (CNPJ 09.520.843/0001-93) para que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência da notificação, apresentem alegações de defesa

em relação às seguintes irregularidades apuradas na execução do Convênio MTur/Município de Ubirajara - SP 704408/2009, ou recolham aos cofres do Tesouro Nacional, solidariamente, a importância abaixo, atualizada monetariamente a partir da data indicada até a do seu efetivo pagamento, abatendo-se na oportunidade as quantias eventualmente ressarcidas, na forma da legislação em vigor:

a.1) Irregularidades atribuídas ao Sr. José Altair Gonçalves (CPF 056.064.258-07):

a.1.1) contratação por inexigibilidade de licitação da empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda. (CNPJ 09.520.843/0001-93), sem que houvesse sido apresentado o contrato de exclusividade com a dupla sertaneja “Guilherme e Santiago” assinado pelos próprios artistas ou por seus representantes exclusivos, com firmas reconhecidas em cartório, contrariando o disposto no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e no Acórdão TCU 96/2008 – Plenário;

a.1.2) ausência de publicação no Diário Oficial da União do contrato firmado com a empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda. (CNPJ 09.520.843/0001-93), o que está em desacordo com o disposto no art. 26 da Lei 8.666/1993 e no Acórdão TCU 96/2008 – Plenário;

a.1.3) emissão de nota de empenho no valor de R\$ 105.000,00 em favor da empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda. no dia 3/8/2009, antes mesmo que o processo de inexigibilidade de licitação para contratação dos shows, infraestrutura e divulgação do “1º Festival Cultural Solidário” houvesse iniciado, o que está em desacordo com os arts. 58 e 61 da Lei 4.320/1964;

a.1.4) ter permitido que o sócio da empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda. (CNPJ 09.520.843/0001-93), Sr. Thiago Roberto Aparecido Mercelino Ferrarezi (CPF 322.080.708-95), atuasse diretamente na elaboração na proposta do convênio, configurando favorecimento indevido, agravado pela contratação direta da empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda. por inexigibilidade de licitação, em afronta aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade e aos arts. 3º, 89 e 90 da Lei 8.666/1993;

a.2) Irregularidade atribuída à empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda. (CNPJ 09.520.843/0001-93):

a.2.1) ter se beneficiado diretamente da contratação irregular promovida no âmbito do convênio em apreço; caracterizada por: (i) participação direta de seu sócio, o Sr. Thiago Roberto Aparecido Mercelino Ferrarezi (CPF 322.080.708-95), na elaboração da proposta do convênio; gerando claro favorecimento à empresa, agravado por sua contratação por inexigibilidade de licitação; e (ii) emissão da nota de empenho pela prefeitura, em favor da empresa, antes mesmo de iniciado o processo de inexigibilidade, em afronta aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, aos arts. 3º, 89 e 90 da Lei 8.666/1993 e aos arts. 58 e 61 da Lei 4.320/1964.

a.3) Irregularidade atribuída ao Sr. Thiago Roberto Aparecido Mercelino Ferrarezi (CPF 322.080.708-95):

a.3.1) enquanto sócio da empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda. (CNPJ 09.520.843/0001-93), contratada por inexigibilidade de licitação, participou ativamente da elaboração da proposta do convênio em apreço, o que configurou claro benefício à contratada da qual era sócio, em afronta aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade e aos arts. 3º, 89 e 90 da Lei 8.666/1993.

Débito

Data da ocorrência	Valor original (R\$)
13/10/2009	90.000,00

b) informar aos responsáveis que, caso venham a ser condenados pelo Tribunal, o débito

ora apurado será acrescido de juros de mora, nos termos do § 1º do art. 202 do RI/TCU; e

c) observar que a demonstração da correta aplicação dos recursos perante este Tribunal deve ocorrer por meio da apresentação de documentação probatória das despesas efetuadas, tais como notas fiscais, recibos, processos de pagamento, extratos bancários da conta específica (recursos federais transferidos e contrapartida) e da aplicação financeira, processos licitatórios, contratos e termos de adjudicação e homologação, bem como documentos que comprovem a regularidade na execução do objeto do convênio.

Secex/SP, em 31/10/2016.

(Assinado eletronicamente)

SERGIO FREITAS DE ALMEIDA