

GRUPO I – CLASSE II – Primeira Câmara

TC 033.495/2015-7

Natureza: Tomada de Contas Especial

Entidade: Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT)

Responsáveis: Associação Sergipana de Blocos de Trio (CNPJ 32.884.108/0001-80); Lourival Mendes de Oliveira Neto (CPF 310.702.215-20)

Interessado: Ministério do Turismo (MTur)

Representação legal: não há

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO MTUR. RESSALVAS FINANCEIRAS. NÃO APROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS. CITAÇÃO. ALEGAÇÕES DE DEFESA. RECURSOS MUNICIPAIS NÃO INFORMADOS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA.

Relatório

Trata-se de tomada de contas especial (TCE) instaurada pelo Ministério do Turismo (MTur) em face do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, presidente da Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), em razão da não aprovação das prestação de contas, devido a irregularidades na execução financeira do convênio 994/2009 (Siconv 704847), cujo objeto era a realização do evento “24ª Festa do Vaqueiro 2009”, no período de 11 a 13/9/2009, no município de Pedra Mole/SE (peça 1, p. 5).

2. Transcrevo, a seguir, com os ajustes de forma pertinentes, a última instrução da Secex-SE (peça 29):

“HISTÓRICO

2. Conforme disposto na Cláusula Quinta do Termo de Convênio (peça 1, p. 42), foram previstos R\$ 104.500,00 para a execução do objeto, dos quais R\$ 100.000,00 seriam repassados pelo concedente e R\$ 4.500,00 corresponderiam à contrapartida. Os recursos federais foram repassados mediante a ordem bancária 20090B801609, datada de 16/10/2009 (peça 1, p. 55).

2.1. Inicialmente o ajuste vigeu até 13/11/2009 (Cláusula Quarta; peça 1, p. 41-42) e a prestação de contas do convênio foi apresentada ao MTur pelo Presidente da ASBT, conforme demonstrado no documento de peça 1, p. 61, datado de 3/11/2009. De acordo com o plano de trabalho aprovado, os recursos seriam destinados ao pagamento de cachê e de comerciais de TV (peça 1, p. 11):

| DESCRIÇÃO | VALOR (R\$) |
|-----------------------|-------------|
| Nove comerciais de TV | 10.350,00 |
| Banda Aviões do Forró | 94.150,00 |
| TOTAL | 104.500,00 |

2.2. A proposta de celebração do convênio por parte do Ministério do Turismo contou com parecer favorável da Coordenação-Geral de Análise de Projetos desse ministério (Parecer Técnico 987, datado de 18/9/2009; peça 1, p. 19-22), havendo sido feito, inclusive, o destaque à necessidade de informar ao conveniente acerca do teor do subitem 9.5.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário.

2.3. A prestação de contas entregue pela ASBT foi analisada pelos técnicos do MTur, tendo sido emitido o 'Parecer de Análise de Prestação de Contas - Parte Técnica 26/2010', datado de 13/1/2010 (peça 1, p. 62-67), cujo resultado apontou para a sua aprovação.

2.4. Foi elaborado também o Parecer Técnico de Análise de Prestação de Contas 3, datado de 20/1/2010 (peça 1, p. 68-70), onde foi apontado que: (a) não foi enviado o original do comprovante de veiculação/exibição do evento, devidamente assinado pelo representante legal da empresa televisiva; (b) a logomarca do MTur e do Governo Federal foi aplicada em desacordo com os requisitos editados pela Secretaria de Comunicação da Presidência da República (Secon); (c) não foi apresentada a documentação comprobatória da execução da totalidade dos recursos repassados. Ao final, o MTur solicitou à ASBT que encaminhasse a documentação faltante no que concerne à alínea 'a' anterior.

2.5. Em 14/4/2010, a Coordenação Geral de Convênios do MTur emitiu a Nota Técnica de Análise 385/2010 (peça 1, p. 72-75), tendo apontado como ressalvas financeiras as seguintes: (a) ausência dos contratos de exclusividade entre os artistas e a empresa contratada; (b) ausência de justificativa, com seu embasamento legal, para a contratação por inexigibilidade de licitação de serviços de publicidade/divulgação, em ofensa ao disposto no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. O resultado da análise concluiu que os requisitos de elegibilidade do convênio foram atendidos em parte, tendo sido necessário o diligenciamento à ASBT a fim de sanear as ressalvas técnicas e financeiras mencionadas.

2.6. A justificativa apresentada pela ASBT, anexada aos autos à peça 1, p. 81-86, em documento datado de 16/6/2010, foi analisada pela Coordenação Extraordinária de Análise de Prestação de Contas do MTur mediante a elaboração da Nota Técnica de Reanálise 589, datada de 20/9/2010 (peça 1, p. 88-91), que concluiu pela aprovação da execução física do convênio, após o envio dos comprovantes originais de veiculação/exibição dos comerciais, devidamente assinados pelo representante legal do veículo de comunicação, e pela aprovação com ressalvas no que concerne a não apresentação do contrato de exclusividade entre os artistas e a empresa contratada, mas sem que fosse identificado dano causado ao Erário decorrente da execução do presente convênio.

2.6.1. No que concerne à contratação por inexigibilidade de licitação dos serviços de publicidade/divulgação, o MTur reconheceu, após apresentação das justificativas pela ASBT, que a ressalva foi saneada (peça 1, p. 89).

2.7. Encontra-se anexada aos autos a cópia do Relatório de Demandas Externas (RDE) 0224.001217/2012-54 (peça 1, p. 93-113), elaborado pela Controladoria-Geral da União, que apontou as seguintes constatações referentes ao convênio em epígrafe:

a) contratação irregular da banda Aviões do Forró, mediante inexigibilidade de licitação, por meio da empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. (CNPJ 05.674.085/0001-07), que atua como intermediária, não possuindo, portanto, a exclusividade exigida pelo art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 (peça 1, p. 95-101);

b) ausência de justificativa de preços na Inexigibilidade de Licitação 50/2009 realizada pela ASBT, em afronta ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993 e ao subitem 9.1.3 do Acórdão 819/2005-TCU-Plenário (peça 1, p. 101-103);

c) duplicidade de pagamento na contratação da banda Aviões do Forró, pois a partir da análise de documentos contidos no Processo Judicial 2009.85.00.006311-0 (Ação Popular), com trâmite na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe, verificou-se que a Prefeitura Municipal de Pedra Mole/SE também contratou com recurso municipal a empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. para atuar como representante da Banda Aviões do Forró, pelo cachê de R\$ 150.000,00, na apresentação artística ocorrida em 13/9/2009 na 24ª Festa do Vaqueiro de Pedra Mole/SE (peça 1, p. 103-104);

d) ausência da publicidade devida da Inexigibilidade de Licitação 50/2009, pois no Diário Oficial da União apenas foi mencionada a contratação da banda musical, que se

apresentaria na '24ª Festa do Vaqueiro de Pedra Mole', omitindo a contratação por inexigibilidade da empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda., intermediária na contratação da banda musical, contrariando o art. 26 da Lei 8.666/1993 e o subitem 9.2 do Acórdão 1.336/2006-TCU-Plenário (peça 1, p. 104-106);

e) falta de comprovação da publicidade do Contrato 77/2009, firmado entre a ASBT e a empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda., em ofensa ao subitem 9.5.1.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário (peça 1, p. 106-108);

f) ausência de cláusula necessária a que se refere o inciso XX do art. 30 da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127/2008 nos Contratos 77/2009 e 78/2009, firmados entre a ASBT e as empresas Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. e RSC Rede Sergipana de Comunicação (peça 1, p. 108-110);

g) ausência de registro no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (Siconv), por parte do Ministério do Turismo, da apresentação e da aprovação da prestação de contas do convênio em epígrafe (peça 1, p. 110-113);

h) ausência de informação acerca de outras fontes de recursos destinadas à execução do evento '24ª Festa do Vaqueiro de Pedra Mole', pois consta do Processo Judicial 2009.85.00.006311-0, que tramita na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe, que houve aporte financeiro da Prefeitura Municipal de Pedra Mole/SE na realização do evento, conforme já mencionado na alínea 'c' anterior, bem como o recebimento de R\$ 10.000,00 do Banco do Estado de Sergipe (Banese), a título de patrocínio do evento (peça 1, p. 113).

2.8. Em 14/10/2014, foi elaborada a Nota Técnica de Análise Financeira 579/2014 (peça 1, p. 117-125), na qual consta que a execução financeira foi reprovada, com base na revisão da prestação de contas e motivada pelo Relatório de Demandas Externas 0224.001217/2012-54 da CGU à peça 1, p. 93-113, sido considerados como não atendidos os seguintes itens:

a) não houve justificativa do preço pago às atrações artísticas, pois existe essa obrigatoriedade mesmo nos casos de inviabilidade de competição, conforme reza o inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993 e o art. 45 da Portaria Interministerial 127/2008 (peça 1, p. 120);

b) a empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. foi contratada pela ASBT sem ter apresentado qualquer documento hábil para justificar a fuga ao procedimento licitatório (Inexigibilidade de Licitação 50/2009), pois ela não é a representante exclusiva da banda Aviões do Forró que se apresentou no evento em epígrafe, contrariando, dessa forma, o disposto no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993 e no subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário (peça 1, p. 120-121);

c) não comprovação da publicação do Contrato 77/2009, firmado entre a ASBT e a empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda., no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, conforme reza o caput do art. 26 da Lei 8.666/1993 e em ofensa ao subitem 9.5.1.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário (peça 1, p. 122);

d) valores imprecisos na Nota Fiscal 154, pois contempla despesas não presentes no Plano de Trabalho, como a intermediação da contratada, além de apresentar valores de cachê que não refletem as quantias efetivamente pagas, em afronta ao art. 50 da Portaria Interministerial 127/2008 (peça 1, p. 123).

2.9. A conclusão constante do Relatório do Tomador de Contas Especial 266/2015 foi no sentido de que os fatos apurados no processo indicam a ocorrência de prejuízo ao erário, oriundos da irregularidade na execução física e financeira do convênio em apreço e o dano é representado pelo total dos recursos repassados, ou seja, R\$ 100.000,00 (peça 1, p. 145-149).

2.9.1. Destarte, foram apontados como responsáveis o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, presidente da ASBT, solidariamente com esta mesma associação e constando ainda deste

relatório que ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, presidente da ASBT, foram dadas oportunidades de defesa, não havendo o recolhimento aos cofres públicos da importância impugnada, esgotando-se, portanto, as providências administrativas com vistas ao ressarcimento do dano ao erário (peça 1, p. 147-148).

2.10. Da mesma forma, a Secretaria Federal de Controle Interno, por meio do Relatório de Auditoria 1.765/2015 (datado de 18/8/2015; peça 1, p. 169-171), acompanhou também as conclusões exaradas na Nota Técnica de Análise Financeira 579/2014 (peça 1, p. 117-125). O Certificado de Auditoria concluiu pela irregularidade das contas (peça 1, p. 172), tendo este entendimento a anuência do Diretor de Auditoria das Áreas de Previdência, Trabalho, Pessoal, Serviços Sociais e Tomada de Contas Especial (peça 1, p. 173), bem como da autoridade ministerial (peça 1, p. 183).

2.11. Após análise inicial dos autos (peça 3), entendeu-se que seria necessária a realização de diligências junto à Controladoria-Geral da União em Sergipe e à Secretaria Executiva do Ministério do Turismo, a fim de que enviassem a este Tribunal os papéis de trabalho que deram sustentação às irregularidades apontadas no RDE 00224.001217/2012-54 e na Nota Técnica de Análise Financeira 579/2014, respectivamente. Essas diligências foram efetivadas por meio dos Ofícios 436 e 437/2016-TCU/SECEX-SE, datados de 30/5/2016 (peças 5 e 6, respectivamente).

2.11.1. Os documentos apresentados pelo Assessor Especial de Controle Interno do MTur e pelo Chefe da Controladoria Regional da União no Estado de Sergipe passaram a compor as peças 9 a 12 e 13 a 15, respectivamente, dos presentes autos.

2.12. À peça 20 dos autos foram efetuadas as análises dos documentos incorporados aos autos, conforme menção no subitem anterior, tendo o auditor instrutor constatado a inexistência do contrato firmado entre a ASBT e a banda Aviões do Forró (ou com seu empresário exclusivo), pois em seu lugar foi apresentada uma carta de exclusividade para determinada data e evento específico e em nome da empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda., que não era a representante exclusiva da banda Aviões do Forró, descaracterizando, portanto, a hipótese de inexigibilidade de licitação e em afronta ao inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993.

2.13. Entendeu-se, também, que houve outra irregularidade na execução do ajuste aqui tratado, esta concernente à ausência de informação na prestação de contas apresentada pela ASBT ao MTur acerca do patrocínio no valor de R\$ 10.000,00 recebido do Banco do Estado de Sergipe (Banese), para o evento '24ª Festa do Vaqueiro de Pedra Mole', em afronta aos comandos do subitem 9.5.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário e da alínea 'cc' da Cláusula Terceira do Convênio 994/2009 (Siconv704847).

2.14. Destarte, foi proposta a citação do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, em solidariedade com a ASBT, para apresentarem alegações de defesa e/ou recolherem aos cofres públicos o valor repassado pelo MTur a título de cachê à banda Aviões do Forró (R\$ 94.150,00), em decorrência do dano ao Erário constatado na execução do Convênio 994/2009 (Siconv 704847). Esta proposta foi corroborada pelo dirigente da unidade técnica (peça 21).

2.15. Desse modo, por meio dos elementos constantes das peças 23 e 24 foram promovidas, respectivamente, as citações a ASBT e junto ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, conforme cópias dos avisos de recebimento (peças 25 e 26). A defesa da ASBT encontra-se à peça 27, enquanto que a apresentada pelo Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto compõe a peça 28 dos presentes autos, e serão analisadas de forma única por possuírem o mesmo teor.

EXAME TÉCNICO

Itens da citação à Associação Sergipana de Blocos de Trios (Ofício 032/2017-TCU/Secex/SE – peça 23) e ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto (Ofício 24/2017-TCU/Secex/SE – peça 24):

a) contratação irregular da empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda., por inexigibilidade de licitação, quando ausente o requisito de inviabilidade de competição, em afronta ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, ao subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário e à alínea ‘jj’ do inciso II da Cláusula Terceira do Convênio;

b) não demonstração do nexo de causalidade entre o valor repassado e o fim a que ele se destinava, para pagamento do cachê da atração artística objeto do convênio, pois não há como se afirmar que o valor pago à empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. foi realmente utilizado na consecução do objeto pactuado;

c) recebimento de patrocínio do Banco do Estado de Sergipe (Banese), no valor de R\$ 10.000,00, sem que esse valor tenha sido discriminado na prestação de contas e revertido para a do objeto ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional, na forma do subitem 9.5.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário e da alínea ‘cc’ da Cláusula Terceira do convênio em apreço.

Alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e ASBT (peças 27 e 28):

3. As alegações de defesa apresentadas pela ASBT e pelo representante dela, Sr. Lourival Mendes de Oliveira são de igual teor, razão pela qual será feita a análise em conjunto das mesmas. A entidade e o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto alegaram que no tocante às falhas tidas em afronta a Lei 8.666/1993, não se poderá perder de vista que, absolutamente, não denotam e nem ocasionaram nenhuma espécie de fuga ao objeto dos convênios, devendo-se, outrossim, reconhecer que, regra geral, as entidades privadas não estão obrigadas a observar *in totum* os dispositivos do citado diploma legal (Cf. Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário).

3.1. Em relação à contratação irregular da empresa, que seria concernente ao descumprimento do item 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, entende a defesa, que em realidade esta Corte vem corroborando essa mesma orientação em outros julgados (Cf. Acórdão 1.508/2008-TCU-Plenário), segundo a qual em se tratando de entidade de natureza privada, deve prevalecer o princípio constitucional consignado no art. 5º, inciso II, da Carta Magna, segundo o qual ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ e que, a partir daí, derivaria o temperamento que vem sendo adotado pelo TCU no que toca à aplicação, ‘no que couber’, da Lei 8.666/1993, a teor do item 9.2 do Acórdão 1.070/2003-TCU-Plenário, com a redação conferida pelo Acórdão 353/2005-TCU-Plenário.

3.1.1. A defesa asseverou que não teriam sido minimamente explicitadas as circunstâncias concretas que informavam acerca da pertinência, ou não, da aplicação pela entidade particular das disposições da Lei de Licitações nos achados levantados.

3.1.2. Afirmou que restou evidente que todos os recursos recebidos pela ASBT foram devidamente formalizados e fiscalizados pelo Governo Federal, havendo comprovação inequívoca da sua execução e quitação e que, em situações análogas e decisões recentes, o responsável teve suas contas julgadas regulares com ressalva, conforme Acórdãos 5.662/2014-TCU-1ª Câmara, 5.769/2015-TCU-1ª Câmara, 6.730/2015-TCU-1ª Câmara e 7.471/2015-TCU-1ª Câmara (peça 22, p. 5).

3.1.3. Dessa forma, conforme entendimento do defendente, restaria demonstrado que a defendente cumpriu de boa-fé, de forma rigorosa, toda orientação e exigência da área técnica, para formalização e execução do convênio em tela. A defesa entendeu, ainda, que cabe ao intérprete analisar criteriosamente e com muita prudência o caso concreto, a fim de se avaliar se o ato praticado pelo agente realmente se encontra revestido de má-fé e desonestidade, ou seja, se realmente se enquadra em seus comandos normativos, na vontade intrínseca da lei, ou se, por outro lado, constitui-se em mera irregularidade formal ou mera ilegalidade administrativa desprovida de motivação subjetiva necessária para a sua configuração.

3.2. A defesa alegou ser imprescindível considerar que, para o repasse de outras receitas são necessários formalização de contratos, repasses de valores, entre outros procedimentos, não se podendo supor a existência de outros repasses à ASBT sem a presença de documentos que possibilitem de fato a verificação da entrada de qualquer outro recurso além do repasse previsto no termo de convênio, seja através de contratos ou de extratos que demonstrem transferência de valores. Assim, asseverou que a Associação não obteve para o evento, nenhuma outra receita além do repasse federal, movimentado em conta específica do convênio, não havendo valores a serem declarados na prestação de contas.

3.3. Acerca da ausência de publicidade, afirmou que embora a publicidade não tenha ocorrido da forma regular, a inobservância apontada não gerou dano ao erário, pois tudo aquilo que fora pactuado, e conhecido do público, foi cumprido. Assim, entendeu o defendente que, em casos análogos, essa Egrégia Corte tem dado interpretação divergente aos itens apontados como irregulares, consoante trecho do excerto do Acórdão 422/2016-TCU-1ª Câmara.

‘(...) 21. De fato, dadas as circunstâncias do processo em exame, a ausência dos contratos de exclusividade e da publicação do ato de ratificação da inexigibilidade constituem irregularidades, por descumprimento de cláusulas do convênio. No entanto, não há nos autos demonstração da relação da ausência dessa documentação com a suposta ocorrência de prejuízo ao erário.

Da constatação de ter havido irregularidades na contratação não deriva, automaticamente, conclusão de ocorrência de dano. Ainda que a apresentação do ato de publicação tenha sido requerida, sob pena de glosa dos recursos repassados, essa exigência, por si só, é inapta a caracterizar prejuízo ao erário, especialmente no presente caso, em que o concedente confirmou *in loco* a realização do objeto conveniado.

Em necessário alinhamento aos pressupostos fundamentais para imputação de dano, expressamente relacionados no §1º do art. 5º da IN/TCU 71/2012, há que se interpretar aquelas exigências convencionais dentro do contexto fático no qual estão inseridas. Nesse sentido, não se pode olvidar realizar questionamentos essenciais acerca do cumprimento do objeto e do nexos causalidade no uso dos recursos aportados, bem como sobre execução do objeto a preços de mercado. A depender das respostas encontradas, o dano restará demonstrado ou, em sentido oposto, devidamente afastado’.

3.4 A defesa alegou que, conforme itens apontados, verificar-se-ia que o relatório da Secex/SE (instrução) informa que não há como se afirmar que os artistas receberam cachês, ora informa que houve recebimento apresentando diferença entre os valores apresentados no plano de trabalho e o valor recebido pelos artistas. Desse modo, a defesa alegou que não pode prosperar a interpretação adotada pela Secex/SE, posto que, diversamente, restou claro que a comprovação, perante o Ministério do Turismo, se deu por meio de documentos fiscais idôneos e contratos celebrados com as empresas intermediárias, nos termos conveniados.

3.4.1. Entende o defendente que se verifica nos documentos anexos as cartas de exclusividades apresentadas para o dia e local do evento, foram assinadas por seus empresários exclusivos, e o orçamento apresentado foi assinado pela empresa intermediária, o que implica dizer que a área técnica sabia, muito antes de aprovar o plano de trabalho, que se tratava de intermediação e mesmo assim não exigiu cotação prévia para aprovação do plano de trabalho, o que era exigido para demais tipos de serviços autorizados pela portaria vigente.

3.5. Assim, concluiu restar demonstrado que a justificante cumpriu de boa-fé, de forma rigorosa, toda orientação e exigência da área técnica, para formalização e execução do convênio em tela, caracterizada pelas ações sem malícia, sem intenção de fraudar, quando atuou supondo que a conduta tomada esteve correta, e permitida ou devida nas circunstâncias em que ocorreu, sendo tal atitude o oposto da atuação de má-fé, que consiste no comportamento consciente e deliberado com o intento de captar uma vantagem indevida ou de causar a alguém um gravame ou um prejuízo, o que não ocorre no caso em tela, vez que o recurso foi totalmente aplicado e o plano de trabalho cumprido, como se fora determinado.

Análise:

4. Quanto às alegações de defesa trazidas a lume, cabe mencionar que foram apresentadas as mesmas por parte dos responsáveis arrolados, uma vez que o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto é o representante da ASBT, tendo sido citado solidariamente com a empresa que o mesmo representa, sendo portanto o responsável para responder pela entidade. Assim, para fins didáticos, as análises serão pertinentes para ambos os responsáveis.

4.1. No que se refere às alegações relacionadas à inexigibilidade de licitação, cabe não deixar de olvidar que o MTur, objetivando atender ao comando da determinação inserta no subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, passou a inserir em seus convênios por ele celebrados cláusula tratando especificamente da exigência dos contratos de exclusividade atenderem aos moldes estabelecidos no acórdão referido.

4.2. A Constituição Federal/1988, no seu art. 37, inciso XXI, impõe, como regra, a realização de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações.

4.2.1. Nesse mesmo sentido é a jurisprudência desta Corte de Contas, conforme demonstrado nos Acórdãos 1.826/2010-TCU-2ª Câmara, 279/2008-TCU-Plenário, 403/2008-TCU-1ª Câmara, 455/2008-TCU-1ª Câmara, 540/2008-TCU-Plenário, 1.971/2007-TCU-2ª Câmara, 3.390/2007-TCU-2ª Câmara, 3.506/2007-TCU-1ª Câmara. Essas decisões impõem que, no uso de recursos públicos, mesmo aqueles geridos por particular, é obrigatória a aplicação dos dispositivos constitucionais, legais e infralegais relacionados às licitações, inclusive nos casos de dispensas de licitação e inexigibilidades.

4.3. O art. 25, inciso III da Lei 8.666/1993, assim dispõe sobre a inexigibilidade de licitação para contratação de profissional do setor artístico:

‘Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
(...)

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’.

4.4. A inexigibilidade indevida é de tal gravidade que o legislador a tipificou como crime no art. 89 da Lei 8.666/1993:

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

Pena: detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa’.

4.5. Ao enfrentar o tema dos convênios celebrados pelo Ministério do Turismo com associações sem fins lucrativos, objetivando a realização de shows artísticos, este Tribunal prolatou o Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, em sessão de 30/1/2008, nos autos do processo de representação TC 003.233/2007-3, expedindo a seguinte determinação ao MTur:

‘9.5. determinar ao Ministério do Turismo que, em seus manuais de prestação de contas de convênios e nos termos dessas avenças, informe que:

9.5.1. quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1992, por meio de intermediários ou representantes:

9.5.1.1. deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado que o contrato de

exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento’;

4.6. Em outra assentada, o TCU prolatou o Acórdão 3.826/2013-TCU-1ª Câmara, em sessão de 15/6/2013, nos autos do processo de representação TC 006.167/2011-0, fazendo a seguinte determinação ao MTur:

‘9.2. determinar ao Ministério do Turismo, remetendo cópia integral deste processo, que:
(...)

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 96/2008-TCU-Plenário e nos arts. 25, inciso III, e 26, todos da Lei 8.666/93’; (grifos nosso)

4.7. O MTur, objetivando atender ao comando da determinação inserta no subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, passou a inserir em seus convênios por ele celebrados cláusula tratando especificamente da exigência dos contratos de exclusividade atenderem aos moldes estabelecidos no acórdão referido, conforme já pontuando anteriormente.

4.8. E essa exigência está expressa no convênio em apreço, livremente acordado pelas partes, cuja cláusula terceira, inciso II, alínea ‘jj’ do Convênio 994/2009 (Siconv 704847; peça 1, p. 41), assim dispõe sobre os moldes do contrato de exclusividade, *in verbis*:

‘jj) apresentar na prestação de contas, quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993, atualizada, por meio de intermediários ou representantes, **cópia do contrato de exclusividade** dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório, sob pena de glosa dos valores envolvidos. Ressalta-se que **o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento, conforme dispõe o Acórdão 96/2008-Plenário do TCU**’; (grifos nosso)

4.9. Insta frisar que mesmo os contratos de cessão exclusiva com as bandas/artistas devidamente registrados no cartório tenham sido apresentados, conforme documentos anexados aos autos à peça 13, p. 3-8, tem-se que a contratação da banda Aviões do Forró por parte da ASBT não se deu por meio de seus empresários exclusivos e sim por intermédio da empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda., em afronta ao estabelecido na alínea ‘jj’ do inciso II da Cláusula Terceira do Convênio 994/2009 (Siconv 704847; peça 9, p. 13).

4.10. A contratação de empresas intermediárias, que não representam as bandas/artistas, ocasiona, ao menos, duas consequências nefastas à execução do convênio: a primeira delas é o aumento do valor a ser pago pela apresentação do artista, quando comparado com o valor que ele cobraria se fosse contratado diretamente ou por meio do seu empresário exclusivo, já que nesse caso existe um intermediário que vai ser remunerado pelo seu trabalho; a segunda é o desvirtuamento do comando insculpido no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, pois a exclusividade para a apresentação do artista em uma determinada data não se confunde com a do empresário que o representa.

4.11. Essas declarações ou cartas de exclusividade não são suficientes para a comprovação da regular aplicação dos recursos federais, conforme entendimento manifestado no voto condutor do Acórdão 3.530/2016-TCU-1ª Câmara, recentemente proferido nos autos do TC 008.875/2015-4.

4.12. Nesse voto, o Ministro Relator Weder de Oliveira, discordando da Unidade Técnica, entendeu que a simples referência no contrato firmado entre o empresário exclusivo e a empresa intermediária a uma eventual competência para ‘comercializar, negociar e dar quitação’ ao show dito realizado, não seria suficiente para a comprovação da regular aplicação dos recursos federais na forma pactuada, conforme excerto no voto a seguir transcrito:

‘14. A unidade instrutiva considerou que o atestado de exclusividade emitido pelo Sr. André Tavares, representante exclusivo da banda Zé Tramela, constituiria exceção, uma vez que nesse documento, ele concede à empresa RDM Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda. a exclusividade para ‘comercializar, negociar e dar quitação’ ao show do dia 18/4/2010 no evento ‘Brother Fest’ (peça 1, p. 196).

15. Concluiu a unidade que, em vista disso, restaria caracterizado o nexo de causalidade entre os recursos repassados pela ASBT à RDM e o pagamento da banda Zé Tramela pelo show realizado.

16. Esse ‘atestado de exclusividade’ não se confunde com o contrato de exclusividade, para fins da regular contratação de direta. Nessa situação, há também que se ir além para se comprovar o nexo de causalidade entre o valor pago pela ASBT à empresa RDM Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda. e o valor efetivamente recebido por cada uma das bandas, uma vez que o valor repassado foi integralmente pago à empresa RDM Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda.

17. A empresa RDM Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda., além de não ser representante exclusiva de nenhuma das bandas, atuou como mera intermediária dos serviços, não tendo sido apresentados documentos tidos como essenciais para comprovar a eficaz prestação de contas quanto à aplicação de recursos federais utilizados na execução do objeto pactuado. Não há, por conseguinte, comprovação de que a empresa RDM Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda tenha realizado pagamentos às bandas e, caso tenha feito, qual teriam sido os valores’.

4.13. Portanto, a contratação feita pela ASBT com a empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. se deu indevidamente por inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, pois foi celebrado com uma empresa intermediária e não com os empresários exclusivos de cada banda, em ofensa ao que prevê o subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário.

4.14. O contrato administrativo firmado com a referida empresa intermediária, que não era a empresária exclusiva das bandas que se apresentaram no evento em tela, não se presta a garantir ao agenciador uma ampla e irrestrita representação com direito de exclusividade para todos os eventos em que os artistas sejam convidados, bem como, nesse caso, não há como se afirmar que os valores pagos à empresa intermediária foram realmente utilizados na consecução do objeto pactuado, sendo a consequência a glosa do valor envolvido de R\$ 94.150,00, conforme subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, alínea ‘jj’ do inciso II da cláusula terceira do termo de convênio.

4.2. Quanto à alegação de não ter recebido nenhum outro recurso para execução do convênio, mas somente os recursos federais, deve-se ressaltar que, a partir da informação constante no RDE 0224.001217/2012-54, à peça 1, p. 113, solicitou-se os papéis de trabalho deste órgão de controle interno a fim de obter o documento que embasava tal assertiva e que foi extraído do Processo Judicial 2009.85.00.006311-0, que tramita na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe.

4.2.1. O documento encontra-se à peça 15, p. 138, e refere-se a um recibo lavrado pelo prefeito municipal de Pedra Mole/SE à época e datado de 9/10/2009, dando conta que esse município recebeu Banco do Estado de Sergipe (Banese), a título de patrocínio do evento ‘24ª Festa do Vaqueiro de Pedra Mole’, a quantia de R\$ 10.000,00.

4.2.2. Importante observar que não houve qualquer menção dessa ‘receita extra’ por parte do convenente quando do encaminhamento do projeto nem por ocasião da prestação de contas do Convênio 994/2009 (Siconv 704847), desobedecendo os comandos do subitem 9.5.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário e da alínea ‘cc’ da Cláusula Terceira do Convênio 994/2009 (Siconv 704847), que ordenam que todas as receitas e despesas do objeto conveniado devem ser discriminadas e revertidas para a consecução do objeto ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional. Destarte, cabe refutar a alegação de defesa no que concerne ao não recebimento de outros recursos externos.

4.3. Quanto à alegação de defesa relacionada à ausência de publicidade, bem como a transcrição do trecho do Acórdão 422/2016-TCU-1ª Câmara, cabe mencionar que o entendimento do TCU se dá em relação ao caso concreto analisado nos autos específico do *decisum* em questão. A despeito, é fato que a ausência de publicidade pode não se relacionar diretamente com o prejuízo causado ao erário, caso não fossem verificadas outras irregularidades praticadas ao longo da execução do objeto do ajuste, o que não ocorreu na situação aqui tratada.

4.3.1. Nossa análise entende que a conjunção de irregularidades descritas serviu para reforçar a conclusão de que o gestor dos recursos não executou a contento o objeto do convênio, fato este que colaborou para a perpetração de irregularidades outras que têm o condão de impugnar as despesas executadas com os recursos transferidos, razão pela qual cabe propor a rejeição das alegações de defesa.

4.4. Como já comentado anteriormente, a contratação de artistas/bandas junto a uma empresa intermediária ocasiona o aumento dos custos das contratações e a ausência do recibo dos cachês vem reforçar esse indício, pois impede a confirmação de que os artistas/bandas tenham recebido algum pagamento. Essa é uma ocorrência que já foi comprovada em vários processos nesta Corte de Contas envolvendo a ASBT e que tem sido reforçada a partir das conclusões contidas no RDE 0224.001217/2012-54 (peça 1, p. 93-113), elaborado pela Controladoria-Geral da União, que analisou 72 convênios celebrados entre essa associação e o Ministério do Turismo, nos exercícios de 2008, 2009 e 2010.

4.4.1. Assim, concluindo nossa análise, reforça-se o entendimento de que a não apresentação dos recibos assinados pelos artistas ou pelo empresário exclusivo impossibilita a formação do nexos causal entre os recursos federais repassados por conta do convênio e o objeto eventualmente executado, pois não se tem como verificar se o dinheiro público foi aplicado no objeto avençado.

4.4.2. Por fim, as duas irregularidades aqui tratadas configuram em conjunto a ocorrência de dano ao Erário, reclamando providências para que os recursos envolvidos sejam devolvidos aos cofres públicos. O exame aqui realizado está alinhado com a jurisprudência do TCU, que tem apontado para a existência de débito nos casos em que a contratação de artistas por inexigibilidade de licitação é feita com empresa intermediária que não se qualifica como empresária exclusiva do artista (em contrariedade ao Acórdão 96/2008-TCU-Plenário) e quando não há a comprovação do nexos de causalidade entre as verbas repassadas e a finalidade do convênio (Acórdãos 4.299/2014, 3.430/2015, 3.612/2015, 5.209/2015, 3.507/2016 e 4.937/2016, da 2ª Câmara, e Acórdão 3.365/2016, da 1ª Câmara).

4.4.3. Aliada a essas duas irregularidades mencionadas nos subitens anteriores, ressalte-se a ausência de informação na prestação de contas apresentada pela ASBT ao MTur acerca do patrocínio no valor de R\$ 10.000,00 recebido do Banco do Estado de Sergipe (Banese), para o evento ‘24ª Festa do Vaqueiro de Pedra Mole’, em afronta aos comandos do subitem 9.5.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário e da alínea ‘cc’ da Cláusula Terceira do Convênio 994/2009 (Siconv 704847). Destarte, entende-se que cabe refutar todas as alegações de defesa, estando o processo em condições de ter seu mérito julgado.

CONCLUSÃO

5. Destarte, como observado ao longo da presente análise, os responsáveis não conseguiram apresentar alegações de defesa que pudessem modificar o entendimento acerca das irregularidades que deram ensejo à instauração destes autos, podendo-se propor de imediato a rejeição de todas as alegações de defesa patrocinadas pelo defendentes, bem como a condenação dos mesmos pelos débitos apurados, ou seja, tanto da ASBT como do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, além da aplicação da multa prevista no artigo 57 da Lei 8.443/1992.

5.1. Lembremos que a responsabilização do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto adveio dos pagamentos efetuados à empresa por intermediação na contratação, caracterizada contratação irregular da empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda., por inexigibilidade de licitação, quando ausente o requisito de inviabilidade de competição, pela não demonstração do nexo de causalidade entre o valor repassado e o fim a que ele se destinava, para pagamento do cachê da atração artística objeto do convênio, pois não há como se afirmar que o valor pago à empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. foi realmente utilizado na consecução do objeto pactuado, e, pelo recebimento de patrocínio do Banco do Estado de Sergipe (Banese), no valor de R\$ 10.000,00, sem que esse valor tenha sido discriminado na prestação de contas e revertido para a consecução do objeto ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional.

5.1.1. A responsabilização da ASBT decorreu do não atendimento à alínea ‘jj’ do inciso II da Cláusula Terceira do convênio em exame, pois na condição de conveniente tinha obrigação de apresentar a cópia do contrato de exclusividade da banda Aviões do Forró com a empresa supramencionada, registrado em cartório.

5.2. Acerca da análise relacionada à boa-fé da pessoa física, no caso o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, cabe efetuar a seguinte análise: citado o responsável, este apresentou alegações de defesa improcedentes e incapazes de elidir a irregularidade cometida, não sendo possível, ainda, ser reconhecida a boa-fé do gestor.

5.2.1. Relativamente a esse aspecto, a jurisprudência deste Tribunal sedimentou entendimento de que quando se trata de processos atinentes ao exercício do controle financeiro da Administração Pública, tais como o que ora se examina, a boa-fé não pode ser presumida, devendo ser demonstrada e comprovada a partir dos elementos que integram os autos. Tal interpretação decorre da compreensão de que, relativamente à fiscalização dos gastos públicos, privilegia-se a inversão do ônus da prova, pois cabe ao gestor comprovar a boa aplicação dos dinheiros e valores públicos sob sua responsabilidade.

5.2.2. Nesse contexto, e após exame de toda a documentação carreada aos autos, não há como se vislumbrar a boa-fé na conduta do responsável, já que não foram constatados atos ou fatos atenuantes os quais pudessem apontar para atitude zelosa e diligente do responsável na gestão da coisa pública. Com efeito, também não alcançou ele o intento de comprovar a aplicação dos recursos que lhe foram confiados, restringindo-se a apresentar alegações incapazes de elidir a irregularidade cometida. Sobre o assunto, o art. 202, § 6º, do Regimento Interno/TCU, estabelece que, não restando configurada de forma objetiva a boa-fé dos responsáveis, o Tribunal proferirá, desde logo, o julgamento definitivo de mérito pela irregularidade das contas.

5.2.3. São nesse sentido os Acórdãos 10.995/2015-TCU-2ª Câmara, 7.473/2015-TCU-1ª Câmara, 9.376/2015-TCU-2ª Câmara, 8.928/2015-TCU-2ª Câmara, 1895/2014-TCU-2ª Câmara, entre outros. Desse modo, devem as contas em análise serem julgadas irregulares e em débito os responsáveis, com fundamento no art. 16, inciso III, alínea ‘c’, da Lei 8.443/1992, em razão da ocorrência de dano ao Erário decorrente da não comprovação da boa e regular aplicação de parte dos recursos públicos repassados pelo Ministério do Turismo, por conta do Convênio 994/2009 (Siconv 704847).

5.3. Em relação à pretensão punitiva deste tribunal, conforme prescrito no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, tem-se que ela não foi alcançada pela prescrição decenal, tendo em vista que a data do fato irregular, que motivou o dano ao Erário, ter ocorrido em

16/10/2009. Ademais, houve pronunciamento de citação dos responsáveis em 20/1/2017 (peça 21), fato que interrompeu o prazo prescricional da pretensão punitiva deste Tribunal.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

6. Diante do exposto, submetem-se estes autos à consideração das instâncias competentes, com proposta de:

a) julgar irregulares as contas Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto (CPF 310.702.215-20), presidente da ASBT, nos termos dos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alínea 'c', da Lei 8.443/1992, c/c o art. 19 e 23, inciso III da mesma lei e com os arts. 1º, inciso I e 209, inciso III, e § 5º, inciso I, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU, condenando-o, solidariamente com a Associação Sergipana de Blocos de Trio (CNPJ 32.884.108/0001-80), ao pagamento da quantia constante da tabela a seguir, atualizada monetariamente, a partir da respectiva data, até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional;

| VALOR ORIGINAL DO DÉBITO (RS) | DATA DE OCORRÊNCIA |
|-------------------------------|--------------------|
| 94.150,00 | 16/10/2009 |

b) aplicar a multa, individualmente, com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992, ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto (CPF 310.702.215-20) e à Associação Sergipana de Blocos de Trio (CNPJ 32.884.108/0001-80), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a' do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente, desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

c) autorizar o pagamento das dívidas dos responsáveis em até 36 parcelas mensais e consecutivas, caso solicitado, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, fixando-se o vencimento da primeira parcela em quinze dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada trinta dias, devendo incidir sobre cada uma, atualizada monetariamente, os encargos devidos, na forma prevista na legislação em vigor, alertando os responsáveis de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 217, § 2º, do Regimento Interno/TCU;

d) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas às notificações;

e) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentarem, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República em Sergipe, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o §7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis;

f) encaminhar ao Ministério do Turismo (MTur), cópia do Acórdão que vier a ser proferido, bem como do Relatório e Voto que o fundamentarem;

g) autorizar, com fundamento no art. 169, inciso III do RI/TCU, a Secex/SE a proceder ao arquivamento do presente processo, logo após as comunicações processuais e demais providências decorrentes do julgamento.”

3. O Ministério Público junto ao TCU, representado pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, manifestou-se de acordo com a proposta da unidade técnica, sugerindo que a rejeição das alegações de defesa dos responsáveis conste expressamente da deliberação que vier a ser proferida, bem como que sejam também julgadas irregulares as contas da ASBT (peça 32).

É o relatório.