

Voto

Cuida-se de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo (Mtur) em que foram responsabilizados a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, na qualidade de presidente desta entidade, em razão da não aprovação da prestação de contas, por ausência de documentação complementar, do convênio 410/2009 (Siconv 703634), cujo objeto era o incentivo ao turismo por meio do apoio ao projeto intitulado “São João Antecipado de São Francisco”, no município de São Francisco/SE.

2. O valor do ajuste foi estabelecido em R\$ 105.150,00, dos quais R\$ 100.000,00 foram repassados pela União no dia 3/8/2009 (2009OB801132), enquanto o restante, R\$ 5.150,00, corresponderam à contrapartida da entidade convenente. A vigência compreendeu o período de 10/6 a 17/9/2009 (peça 4), e o plano de trabalho contemplava as seguintes ações/atrações musicais:

| Ações/Atrações Musicais |
|--|
| Divulgação em TV |
| Danielzinho e Forrozão Quarto de Milha |
| Gata Selvagem |
| Vôdixote |
| Forró Brasil |
| Antônio O Clone |

3. Em 14/10/2009, o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, encaminhou a prestação de contas, a qual constou os seguintes documentos contendo a marca do MTur: relatório de cumprimento do objeto; cópia do termo de convênio; relatório de execução físico-financeiro; relatório de execução da receita e despesa; relação de pagamentos efetuados; extrato de conta bancária específica com a respectiva movimentação; cópia dos processos de contratos firmados com terceiros e “cartas de exclusividade” outorgadas entre os empresários/representantes das bandas/artistas e a empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda.; cópia das faturas e recibo de depósito; fotos e mídia do evento (peça 1, p. 48-68).

4. Por meio da nota técnica de reanálise 527, de 21/12/2011 (peça 1, p. 72-82) concluiu-se pela aprovação da execução física e aprovação parcial da execução financeira. Posteriormente, mediante a nota técnica de reanálise 666, de 4/11/2013 (peça 1. 128-136), o órgão concedente reprovou a prestação de contas e instaurou a presente tomada de contas especial pelas seguintes razões grifadas:

“Solicitou-se: Tendo em vista o posicionamento do T.CU no Acórdão 96/2008, bem como o posicionamento da CGU na Nota Técnica nº 2531/GSNOR/SFC/CGU/PR, quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, por meio de intermediários ou representantes: 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; o contrato deve ser publicado no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 de Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos. Ressalta-se que essas recomendações não forem seguidas pela Convenente uma vez que a contratação ocorreu mediante empresa intermediária prestadora dos serviços e não por empresa exclusiva. Dessa forma, solicita-se encaminhar cópias dos contratos de exclusividade entre as atrações musicais e e seus respectivos representantes legais, devidamente registrados em cartório, e recibos dos artistas informando a quantia recebida a título de cachê, com reconhecimento de firma.”

Não houve posicionamento do convenente”

5. Neste Tribunal, promoveu-se a citação dos responsáveis solidários nos seguintes termos (peças 8 e 9):

“O débito é em decorrência de não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos transferidos a esta associação, em face de impugnação parcial das despesas do Convênio 410/2009 (Siafi 703634), em virtude dos seguintes indícios de irregularidades:

a) contratação irregular da empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda. (CNPJ 06.172.903/0001-36) por inexigibilidade de licitação, em ofensa ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, bem como ao subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário e à alínea “jj” do inciso II da Cláusula Terceira deste convênio, pois ela não é a empresária exclusiva das bandas Danielzinho e Forrozão Quarto de Milha, Gata Selvagem, Vôdixote, Forró Brasil e Antônio O Clone, e sim uma empresa intermediária organizadora de eventos; e

b) não publicação no Diário Oficial da União do contrato administrativo firmado por inexigibilidade de licitação entre a ASBT e o empresário das referidas bandas, em ofensa ao art. 26 da Lei 8.666/1993 e ao subitem 9.5.1.2 do acórdão supramencionado.”

6. Regularmente citados, os responsáveis apresentaram alegações de defesa de mesmo teor e posteriormente o presidente da ASBT requereu juntada de novos elementos (peças 15-17), as quais foram examinadas pela unidade instrutiva frente às irregularidades motivadoras da citação, que concluiu por rejeitá-las e, em essência, propôs julgar irregulares as contas, com condenação em débito e aplicação de multa aos responsáveis, uma vez que (peça 19):

“não foram suficientes para sanear a irregularidade quanto ao pagamento feito à empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda. para a apresentação das bandas Danielzinho e Forrozão Quarto de Milha, Gata Selvagem, Vôdixote, Forró Brasil e Antônio O Clone, pois não há como afirmar que o valor pago a essa empresa, que não é empresária exclusiva de nenhuma das cinco bandas, foi efetivamente utilizado na realização do objeto pactuado, tampouco foi demonstrado o nexo de causalidade entre a verba repassada e o fim a que ela se destinava.”

7. Por seu turno, o MP/TCU divergiu dos encaminhamentos da Secex-SE, propondo julgar regulares com ressalvas as contas dos responsáveis, por entender que (peça 22):

“13. Em relação à contratação de serviços por inexigibilidade de licitação com base em declaração de exclusividade, embora se reconheça a caracterização da impropriedade nos presentes autos, destaca-se que a Corte de Contas prolatou o Acórdão n.º 1435/2017-TCU-Plenário (TC-022.552/2016-2, sessão de 5/7/2017), em resposta à consulta feita pelo Ministério do Turismo, no qual consignou que as situações de ausência ou de falha nos contratos de exclusividade podem não ensejar, por si sós, o julgamento de irregularidade das contas ou a condenação em débito de responsável, a depender das circunstâncias do caso concreto.

14. Nos presentes autos, considerando que se comprovou a realização do evento festivo, a apresentação das bandas musicais previstas no convênio e o liame causal entre os recursos públicos e as despesas, a ausência da apresentação dos contratos de exclusividade das bandas musicais deve ficar gravada apenas como ressalva nas contas dos responsáveis. Ademais, ainda que por via indesejável, restou caracterizada a impossibilidade de competição na contratação dos serviços, pois as cartas conferidas à contratada, para evento certo e determinado, excluíram quaisquer outros representantes legais, incluído o empresário ou representante da banda, de eventual certame cujo objeto fosse o evento em questão.”

II

8. Ressalto, de início, que não há nestes autos discussões acerca da não realização do objeto do convênio 410/2009, festa “São João Antecipado de São Francisco”, tampouco da contratação superfaturada das atrações artísticas e das despesas com divulgação. A irregularidade afeta à existência de suposto dano ao erário e que motivou a instauração desta TCE e pela qual os responsáveis foram citados referem-se, essencialmente, à ausência dos “contratos de exclusividade”, registrados em

cartório, que deveriam ter sido firmados entre a empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda. e as bandas/artistas contratadas para se apresentarem no evento objeto do convênio em questão.

9. As “cartas de exclusividade artística” (documentos jurídicos que conferiram poderes de representação exclusiva para o evento em questão) encaminhadas na prestação de contas, não seriam, segundo o órgão instaurador e a Secex-SE, ao tempo das respectivas análises, suficientes para justificar a contratação direta daquela empresa representante das bandas/artistas por inexigibilidade de licitação, em afronta ao disposto no art. 25, III, da Lei 8.666/1993, porquanto a empresa intermediária não teria a exclusividade para representar e receber pelas bandas contratadas.

10. No momento das análises e propostas, o MTur e a Secex-SE empregaram linhas jurisprudenciais que não eram as únicas interpretações que esta Corte seguia ao enfrentar casos como este, em que a reprovação financeira da prestação de contas e a impugnação total das despesas dos convênios destinados à contratação de artistas para eventos festivos/turísticos decorrem unicamente do fato de a contratação direta, por inexigibilidade, ter sido promovida com base em “cartas de exclusividade”, em vez de “contratos de exclusividade”.

11. Para exemplificar essa terceira via de entendimento, transcrevo abaixo excerto do voto que acompanha o acórdão 4930/2016-TCU-1ª Câmara, de minha relatoria, que julgou regulares com ressalvas as contas do responsável:

“14. A reprovação da prestação de contas e a instauração desta TCE tiveram como motivo ressalvas na análise financeira do MTur, relativamente à ausência de contratos firmados entre a associação e os empresários exclusivos das bandas. O conveniente apresentou apenas certidão, cartas e declarações de exclusividade em nome da empresa Global Serviços Ltda. para o dia e local do evento (peça 1, p. 120, 124-144).

(...)

17. A apresentação das denominadas cartas e declarações de exclusividade firmadas entre os empresários das bandas e a empresa Global Serviços Ltda., e não dos contratos de exclusividade celebrado entre a Associação Sergipana de Blocos de Trio e tais empresários, constitui falha formal por descumprimento de cláusula convenial. No entanto, não há nos autos demonstração da relação entre a ausência desses contratos e a suposta ocorrência de prejuízo ao erário.

18. Da constatação da ocorrência de irregularidades na contratação não deriva, automaticamente, conclusão de existência de dano. Ainda que a apresentação dos contratos de exclusividade dos artistas com o empresário contratado 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 atestou a realização do objeto conveniado.

19. 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 conveniais dentro do contexto fático no qual estão inseridas. Nesse sentido, não se pode olvidar realizar questionamentos essenciais acerca do cumprimento do objeto e do nexo de 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.

20. Nessa linha, não se mostra razoável justificar a ocorrência de dano com base na previsão de glosa de valores pelo termo de convênio sem, no entanto, trazer elementos comprobatórios aptos a demonstrá-lo, ou ao menos evidenciá-lo, sob pena de enriquecimento sem causa da União.

21. O entendimento de que a irregularidade examinada neste processo não dá causa a prejuízo ao erário é consentânea com os acórdãos 5662/2014, 5156/2015, 6730/2015, 7471/2015, 671/2016, 2465/2016, 2490/2016 e 2821/2016, todos da 1ª Câmara deste Tribunal.

22. Apesar de ter havido inobservância de disposições do convênio, não há elementos adicionais que possam conduzir a um juízo de reprovação severa da conduta irregular, a ponto de apenar o responsável com multa.

(...)

28. Falhas nessa fiscalização não podem ser comodamente supridas pela imputação de dano cuja existência não se demonstrou, como fez o agente instaurador da TCE, nem deve, a meu juízo, conduzir à aplicação de multa por irregularidade formal estritamente referenciada em cláusula de convênio, e cujo potencial lesivo à ordem jurídica não se qualifica como grave, para, nos termos do art. 58, dar ensejo à sanção pecuniária, posto que a exclusividade foi concedida (e nada a esse respeito foi questionado), embora não pela forma que o convênio, e não a lei, reputou como estritamente necessário, não havendo, também, apontamentos sobre os riscos que poderiam advir para a realização do objeto em razão de tal impropriedade nem tampouco de ter havido, em razão dela, contratação por preço superior ao de mercado ou qualquer prejuízo para a boa realização do evento.”

III

12. Tema controverso, como visto. Recentemente, este Tribunal teve a oportunidade de reavaliar e consolidar o entendimento acerca dos efeitos da contratação direta de artistas realizada com base em “cartas de exclusividade”, uniformizando o encaminhamento a ser dado aos casos envolvendo tais situações em convênios celebrados pelo MTur.

13. Refiro-me ao TC 022.552/2016-2, de relatoria do eminente Ministro Vital do Rêgo, a respeito de consulta do então ministro do Turismo Alberto Alves dirigida ao TCU, cujo pedido foi redigido nos seguintes termos:

“IV – DO PEDIDO

Conforme o exposto, e considerando-se o atual conflito jurisprudencial quanto à matéria, bem como a insegurança jurídica emplacada nos técnicos do Ministério do Turismo quando da aplicação dos normativos afetos à temática, pede-se a este E. TCU que analise a tese suscitada, com tramitação e emissão de juízo de mérito de caráter urgente, no sentido de nortear a atuação dos agentes deste Ministério, suprimindo as seguintes dúvidas:

Inexistindo indícios de dano ao erário, e comprovado que o objeto conveniado foi executado com recursos do ajuste, qual deve ser o posicionamento quanto à análise da prestação de contas (regularidade com ressalva ou irregularidade), bem como quanto à necessidade de se instaurar processo de tomada de contas especial e demais implicações cabíveis, diante, especificamente, de uma das seguintes falhas:

Foi apresentada apenas autorização/atesto/carta de exclusividade (e não o contrato de exclusividade propriamente dito) que confere exclusividade ao empresário do artista somente para o(s) dia(s) correspondentes à apresentação deste, sendo ainda restrita à localidade do evento;

Foi apresentado pelo conveniente o contrato de exclusividade entre o artista/banda e o empresário, todavia tal contrato não foi registrado em cartório; e

Não foi apresentado pelo conveniente o contrato de exclusividade entre o artista/banda e o empresário, registrado ou não em cartório.”

14. Ao enfrentar a questão, como bem ressaltou o MP/TCU, o Tribunal aprovou o acórdão 1435/2017-TCU-Plenário, paradigmático para fins de deliberação sobre os processos que tenham por objeto casos semelhantes às situações ali delineadas, como o que ora se examina:

“9.2. responder ao consulente que:

9.2.1. a apresentação apenas de autorização/atesto/carta de exclusividade que confere exclusividade ao empresário do artista somente para o(s) dia(s) correspondente(s) à

apresentação deste, sendo ainda restrita à localidade do evento, não atende aos pressupostos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, representando impropriedade na execução do convênio;

9.2.2. do mesmo modo, contrariam o sobredito dispositivo legal as situações de contrato de exclusividade – entre o artista/banda e o empresário – apresentado sem registro em cartório, bem como de não apresentação, pelo conveniente, do próprio contrato de exclusividade;

9.2.3. tais situações, no entanto, podem não ensejar, por si sós, o julgamento pela irregularidade das contas tampouco a condenação em débito do(s) responsável(is), a partir das circunstâncias inerentes a cada caso concreto, uma vez que a existência de dano aos cofres públicos, a ser comprovada mediante instauração da devida tomada de contas especial, tende a se evidenciar em cada caso, entre outras questões, quando:

9.2.3.1. houver indícios de inexecução do evento objeto do convênio; ou

9.2.3.2. não for possível comprovar o nexo de causalidade, ou seja, que os pagamentos tenham sido recebidos pelo artista ou por seu representante devidamente habilitado, seja detentor de contrato de exclusividade, portador de instrumento de procuração ou carta de exclusividade, devidamente registrados em cartório.”

15. A decisão em comento, ao mesmo tempo em que dispôs ser a apresentação de “carta de exclusividade” – em vez de um “contrato de exclusividade” – apenas uma impropriedade, na execução do convênio (item 9.2.1), considerou que tal situação, assim como a falta de registro em cartório, “não pode ensejar, por si sós, o julgamento pela irregularidade das contas e tampouco a condenação em débito” (item 9.2.3).

16. Outro importante aspecto da deliberação diz respeito ao nexo de causalidade. Quanto a isso, o acórdão (item 9.2.3.2) não considera evidenciada a quebra dessa relação de pertinência meramente pela inexistência de “contrato de exclusividade” (havendo “cartas de exclusividade”), mas apenas quando não for possível confirmar que os pagamentos efetuados no âmbito do convênio tenham sido recebidos pelo artista ou seu representante – seja ele habilitado por meio de contrato, procuração ou carta de exclusividade.

17. No caso, a divulgação do evento e as apresentações das bandas/artistas não foram contestadas pelo MTur. O pagamento à empresa contratada ocorreu mediante a emissão das devidas notas fiscais 114 e 2350 (peça 3, p. 10 e 11), em que os serviços/shows foram discriminados e atestadas as devidas prestações, havendo correlação com a movimentação financeira, evidenciada mediante extrato bancário da conta específica (peça 1, p. 102). Do mesmo modo, as “cartas de exclusividade” (com firmas reconhecidas em cartório) conferiram à empresa produtora o direito de representar as atrações musicais que se apresentaram na festa (peça 3, p. 1-9) e permitem concluir pela efetiva demonstração do nexo de causalidade.

IV

18. Acrescento, por oportuno, que, na declaração de voto que proféri por ocasião do julgamento da consulta, apresentei contribuições que considere pertinentes para ajudar a esclarecer o alcance dos dispositivos 9.2.1 e 9.2.2 do referido acórdão, do qual reproduzo trecho relevante para aplicação ao presente caso concreto:

“10. Temos observado que os instrumentos jurídicos apresentados pelos representantes do artista (‘empresários *ad hoc*’), denominados de ‘autorização, atesto ou carta de exclusividade’, são instrumentos jurídicos precários, que não se configuram propriamente como contratos, por não estarem devidamente definidos os poderes e direitos de representação, os deveres e obrigações das partes, entre eles: a clara especificação do objeto, a remuneração do contratado, os limites negociais (O empresário exclusivo está autorizado, em nome do artista, a cobrar qualquer valor? O valor a ser cobrado da entidade contratante abrange quais custos: hospedagem, alimentação, transporte de equipamentos, montagem do show?) e o valor a ser percebido pelo artista (não se espera que o artista celebre um ‘contrato de exclusividade’ para

evento certo em que não especifique o valor que lhe deverá ser repassado em razão de sua apresentação).

11. É nessa perspectiva que entendo a redação do item 9.2.1 do acórdão: a esbarrada contratação direta de profissional do setor artístico, por inviabilidade de competição (inexigibilidade), ‘através de empresário exclusivo’, deve ter por base um real ‘contrato de exclusividade’, ainda que para evento certo, com estipulação de obrigações e deveres, de poderes e direitos de representação, devidamente registrado em cartório, e não apenas instrumentos jurídicos precários, como os ‘atesto, autorização ou carta de exclusividade’.

12. Como, de qualquer modo, tais instrumentos jurídicos inadequados não descaracterizam (e na quase totalidade dos casos não descaracterizaram) a inviabilidade de competição, e, portanto, a própria contratação direta, o relator, no mencionado item do acórdão, teve por bem reputar tal ocorrência como ‘impropriedade’ (falando-se aqui evidentemente de casos em que não haja dúvidas de que tenham sido assinados pelo próprio artista ou por seu empresário exclusivo regularmente constituído).

13. ‘Impropriedade’ é termo correntemente utilizado nesta Corte para qualificar situação de mínimo ou nenhum potencial ofensivo à ordem jurídica, outras vezes também qualificada como falha formal, insuscetível de, por si só, conduzir à aplicação de multa e a um julgamento de irregularidade de contas.

14. Assim, se detectadas na prestação de contas as situações qualificadas nesta consulta e entendidas como ‘impropriedades na execução do convênio’, conforme restou assente na resposta firmada no acórdão, disso resultaria tão somente ressalvas nas contas dos respectivos convênios, não cabendo a instauração de tomadas de contas especiais e nem mesmo de representação, ante o inexpressivo dano a ordem jurídica.” (sublinhei)

19. Assim, alinhado aos termos do acórdão 1435/2017-TCU-Plenário, e uma vez que levo à apreciação do Colegiado caso em que, comprovada a realização do evento, a única ocorrência relacionada ao indício de dano ao erário e que motivou a citação do responsável – e, por consequência, toda a análise de mérito desta TCE – foi a contratação direta com base em “carta de exclusividade”, que concediam poderes de representação exclusiva à empresa (intermediária) anteriormente mencionada, e não em “contrato de exclusividade” (considerada uma impropriedade na prestação de contas), tenho por devido acolher as conclusões e as propostas do MP/TCU e julgar regulares com ressalvas as contas dos responsáveis arrolados neste processo.

Ante o exposto, voto pela aprovação do acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de setembro de 2017.

WEDER DE OLIVEIRA

Relator