

VOTO

Em exame recurso de reconsideração interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MP/TCU) contra o Acórdão 4.155/2016-1ª Câmara, proferido em tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo (MTur) em decorrência de indícios de irregularidades na execução do Convênio 1.151/2008.

II – Breve histórico

2. O ajuste, celebrado com a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), teve como objeto o incentivo ao turismo por meio do apoio a projeto intitulado “II Encontro Cultural de Santo Antônio”, realizado no município de Aracaju/SE, em 8/8/2008.

3. Os recursos previstos foram orçados em R\$ 110.000,00, sendo R\$ 100.000,00 a cargo do concedente, liberados em 20/8/2008, e R\$ 10.000,00 a título de contrapartida.

4. Conforme consta dos autos, o responsável encaminhou a prestação de contas em 27/10/2008 (peça 1, p. 100-120 e 135-154).

5. O MTur manifestou-se por meio dos seguintes documentos:

a) Relatório de Supervisão **in loco** 225/2008: atestou a realização do evento e o cumprimento do plano de trabalho (peça 1, p. 93-99);

b) Nota Técnica 75/2010: solicitou novos documentos ao conveniente (peça 1, p. 122-127);

c) Nota de Reanálise 128/2012: reprovou as contas devido à falta de fotografias/filmagem das apresentações dos artistas, do material de divulgação e de declarações do conveniente e da autoridade local acerca da realização do evento (peça 1, p. 129-130);

d) Nota de Análise 79/2013: constatou que o evento não foi realizado pela ASBT, mas por entidade estranha ao convênio, a Xocós – Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes (doravante denominada “Associação Xocós” – peça 1, p. 155-158); e

e) Nota de Reanálise Financeira 434/2013: ratificou a conclusão da nota anterior, reprovou a execução física e deixou de analisar a execução financeira (peça 1, p. 163-165).

6. Em instrução inicial, houve a responsabilização do sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, ex-presidente da ASBT, pelas seguintes irregularidades: (i) contratação indevida da Associação Xocós por inexigibilidade de licitação, quando ausente o requisito de inviabilidade de competição, em afronta ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e ao subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-Plenário; e (ii) não atendimento ao subitem 9.5.1.2 deste mesmo acórdão, pois não foi comprovada a publicação, no Diário Oficial da União, do contrato firmado por inexigibilidade de licitação entre a ASBT e o empresário dos artistas Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério, Tina Pep e Antônio Félix.

7. Adicionalmente, foi responsabilizada a ASBT em virtude do não atendimento da alínea “bb” do inciso II da Cláusula Terceira do ajuste, pois, na condição de conveniente, detinha a obrigação de apresentar os contratos de exclusividade dos artistas que se apresentaram no evento, na forma preconizada no subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-Plenário.

8. A título de esclarecimento, transcrevo os subitens 9.5.1.1 e 9.5.1.2 do supracitado Acórdão 96/2008-Plenário, **verbis**:

“(...) ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: (...)”

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 nº 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;*

9.5.1.2. *o contrato deve ser publicado no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos; (...)”*

9. O relator **a quo**, Ministro-Substituto Weder de Oliveira, considerou que ocorrências verificadas, não causadoras de prejuízo ao erário, deveriam conduzir ao julgamento pela regularidade com ressalvas das contas dos responsáveis. Esse entendimento foi acolhido pelo Tribunal por meio do Acórdão 4.155/2016-1ª Câmara.

III – Das alegações recursais e das contrarrazões

10. O MP/TCU, em seu recurso, aduz, em síntese, que: (i) haveria fortes indícios da existência de esquema fraudulento nos convênios assinados com o MTur para realização de festas em que o plano de trabalho é encaminhado em data muito próxima à realização do evento, já com a indicação dos artistas que serão contratados; (ii) na prestação de contas, não há recibo de pagamento aos artistas, o que impediria o estabelecimento do nexu financeiro; (iii) ainda que tenha havido o cumprimento do objeto, fraudes podem implicar dano ao erário, pois buscam justamente dar aparência de legalidade a atos que têm o fim de alcançar benefício ilegal; (iv) a exigência de apresentação do contrato de exclusividade dos artistas não configura mera formalidade, pois têm o objetivo de evitar a contratação desvantajosa para a Administração Pública, especialmente no que diz respeito ao valor a ser pago; (v) a contratação de artistas por empresa intermediária eleva o custo das contratações, cujo indicio se confirma pela ausência de recibo dos cachês; e (vi) há divergência entre deliberações anteriores do Tribunal e o acórdão recorrido.

11. Por fim, o recorrente solicita que o presente recurso seja apreciado pelo Plenário, com base nos arts. 15, inciso I, alínea “d”, 16, inciso IV, e 17, § 1º, do RITCU, e recomenda o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis, com condenação solidária ao recolhimento do débito de R\$ 100.000,00 e aplicação de multa.

12. Em contrarrazões recursais, a ASBT e seu presidente afirmam que: (i) o recorrente busca reformar o Acórdão 4.155/2016-1ª Câmara com base em ilações, a partir de um fato isolado, generalizando para todo o Brasil situações de contratações ilegais; (ii) o objeto conveniado foi realizado em conformidade com o plano de trabalho e comprovado por fotos e vídeos, sendo que as despesas foram pagas, conforme documentos idôneos; (iii) há decisões do Tribunal que julgaram regulares com ressalvas as contas de responsáveis quando, sem dano ao erário, a única impropriedade verificada foi a ausência do contrato de exclusividade de artistas e/ou do comprovante de pagamento (Acórdãos 7.471/2015-2ª Câmara, 2.821/2016-1ª Câmara, 5.070/2016-1ª Câmara, 5.662/2014-1ª Câmara); (iv) não há como deduzir que a contratação por intermediação gerou custo maior ao erário; e (v) as decisões apresentadas pelo recorrente para fundamentar seu pedido constataram dano ao erário, o que não se verificou nestes autos.

IV – Dos pareceres proferidos

13. Ao instruir o feito, a Serur entendeu que os fatos e indícios constantes dos autos não são suficientes para justificar a presunção de que a ASBT e seu presidente teriam perpetrado um esquema de fraude para dar prejuízo aos cofres públicos por meio da contratação direta dos artistas. Além disso, a apresentação foi comprovada por meio de relatório de supervisão **in loco** (peça 1, p. 93/99) e reconhecida por este Tribunal no acórdão recorrido.

14. Por outro lado, a unidade técnica destaca que a apresentação dos artistas foi paga pela ASBT por meio do cheque nº 850001, de 25/8/2008, no valor de R\$ 110.000,00, conforme demonstra a nota fiscal emitida pela Associação Xocós (peça 1, p. 110/111 e 118/120). Esses documentos, porém, não permitiriam concluir que os valores foram, de fato, recebidos pelos artistas e nem quais quantias teriam sido pagas.

15. Ademais, o contrato de exclusividade seria essencial para comprovar o nexo financeiro, pois a Associação Xocós somente poderia receber os pagamentos em nome dos artistas se comprovasse a condição de representante legal, o que não ocorreu.

16. Portanto, a Serur propõe o julgamento pela irregularidade das contas, a condenação da ASBT e de seu presidente ao ressarcimento integral dos R\$ 100.000,00 e a aplicação de multa.

17. O MP/TCU, em sua intervenção regimental, diverge da unidade técnica e entende que, no caso concreto, a documentação acostada aos autos, vista em conjunto, pode ser considerada apta a comprovar a regularidade da execução financeira. Além disso, destaca não haver elementos indicativos de fraude ou superfaturamento.

18. Assim, o d. representante do MP/TCU considera que não cabe imputação de débito. Não obstante, mantém o posicionamento exarado anteriormente de que as irregularidades na contratação por inexigibilidade, além de configurarem descumprimento de cláusula contratual (Cláusula Terceira, inciso II, alínea “bb” – peça 1, p. 73), constituem prática de ato de gestão com infração à norma legal, ensejando o julgamento pela irregularidade das contas com fundamento no art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, bem como a aplicação da multa prevista no art. 58, incisos I e II, da mesma lei.

V – Da análise do recurso

19. Por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conheci do recurso de reconsideração interposto.

20. Quanto à preliminar de que o presente feito seja submetido à apreciação do Plenário, destaco que o art. 17, § 1º, do RITCU veda que recursos de reconsideração apresentados contra as deliberações das Câmaras sejam incluídos nas pautas do Plenário.

21. Além disso, não reconheço a existência de divergência entre deliberações anteriores deste Tribunal que justifique a sugestão de instauração de incidente de uniformização de jurisprudência, na forma do art. 91 do RITCU. Os exemplos de decisões citados tanto pelo recorrente quanto pelos responsáveis guardam coerência e semelhança entre si quando cuidam de casos concretos similares, os quais podem ser divididos em dois grandes principais grupos: aquele em que há condenação em débito diante da ausência de nexo financeiro entre recursos e despesas (contas irregulares); e aquele em que não há débito e apenas irregularidades de reduzido potencial ofensivo (contas regulares com ressalvas). Divergências pontuais que eventualmente conduzam a decisões distintas são determinadas por peculiaridades do caso concreto, a juízo do julgador.

22. Passo, então, ao exame de mérito.

23. Conforme consta do processo, o plano de trabalho aprovado previa a contratação de sete artistas para a realização de **shows** no dia 8/8/2008, a saber: Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério, Tina Pep e Antônio Félix (peça 1, p. 12).

24. O MTur atestou a execução física do objeto conveniado mediante supervisão **in loco** (peça 1, p. 93-99).
25. Posteriormente, a Coordenação-Geral de Monitoramento, Fiscalização e Avaliação de Convênios do MTur emitiu a Nota Técnica de Análise 79/2013 (peça 1, p. 155-158), por meio da qual considerou a execução física reprovada, pois entendeu que a subcontratação da Associação Xocós afrontava os arts. 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993.
26. Além disso, constou expressamente da referida nota técnica a orientação ao setor financeiro do MTur para que procedesse à análise dos contratos de exclusividade dos artistas, conforme as recomendações constantes do Acórdão 96/2008-Plenário (peça 1, p. 157).
27. Segundo a Nota Técnica de Reanálise Financeira 434/2013, a análise financeira da prestação de contas não foi realizada em virtude de a documentação necessária não se encontrar no Siconv (peça 1, p. 163-165). Contudo, como bem destacou a unidade técnica de origem, a obrigatoriedade de as transferências de recursos federais feitas pela União para entidades privadas sem fins lucrativos estarem cadastradas no Siconv deu-se a partir de 16/1/2012, nos termos do Decreto 7.641/2011.
28. O convênio ora sob exame foi celebrado no dia 4/8/2008; logo, o MTur deveria ter realizado a análise financeira, diligenciando o conveniente para a obtenção dos documentos e informações necessários ao saneamento dos autos, se fôsse o caso. Ressalta-se, porém, que essa era uma obrigação do conveniente que constava expressamente em diversas alíneas do termo de ajuste, em especial das alíneas “bb” (“*registrar no SICONV eventuais contratos de exclusividade de artistas com empresários a serem contratados no âmbito deste Convênio, quando for o caso*”); e “ii” (“*incluir no SICONV todos os documentos e informações referentes a este Convênio*”).
29. Por conseguinte, houve, de fato, descumprimento de cláusula do convênio.
30. A partir da análise do Contrato 10/2008 (peça 1, p. 115-117), verifica-se que a ASBT contratou a Associação Xocós para a “*prestação de serviços na contratação de empresas para apresentação de shows artísticos com Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério Tina Pep e Antônio Félix, no dia 8/8/2008, na Cidade de Aracaju/SE, no evento denominado “II Encontro Cultural do Santo Antônio/2008”*”. A dita contratação deu-se por inexigibilidade de licitação e fundamentou-se no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 (**vide** Cláusula I do contrato e justificativa à peça 1, p. 114).
31. Cumpre salientar que, durante a fase de análise da proposta de celebração do convênio, o MTur fez menção expressa à necessidade de observância das orientações do Acórdão 96/2008-Plenário (**vide** Parecer Técnico 758/2008 à peça 1, p. 53-55). Além disso, o órgão concedente ressaltou ser “*de fundamental importância informar ao CONVENIENTE, por meio do Termo de Convênio, que, na execução das despesas de todos os serviços descritos no Plano de Trabalho, com os recursos recebidos em transferência, deverão ser adotados os procedimentos estabelecidos pela Lei nº 8666/93*”.
32. O Acórdão 96/2008-Plenário exarou as seguintes orientações, **verbis**:
- “9.5.1. quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 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;

9.5.1.2. o contrato deve ser publicado no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos; (...)”

33. Tendo o cenário delineado acima como pano de fundo, ao se compulsar os autos, verifica-se que não constam os contratos de exclusividade entre a Associação Xocós e os artistas que se apresentaram no evento, a fim de demonstrar que essa entidade era a representante exclusiva.

34. Importa ressaltar que a ausência de contrato de exclusividade não configura mera impropriedade formal. Sua apresentação se faz necessária para comprovar o nexo financeiro, uma vez que a Associação Xocós somente poderia receber os pagamentos dos artistas caso comprovasse sua condição de representante legal, o que não ocorreu. Como é cediço, a contratação por inexigibilidade de licitação com aquele que não é o seu representante exclusivo, e sim um intermediário, torna irregular a contratação, pois descaracteriza a inviabilidade de competição prevista no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993.

35. Acerca da ausência dos contratos de exclusividade, a justificativa oferecida pelo presidente da ASBT, ainda no âmbito do MTur, foi a de que os artistas contratados compunham o quadro diretivo da Associação Xocós, o que a tornaria sua representante exclusiva (peça 1, p. 136-137). Contudo, além de não constar dos autos documento que suporte essa alegação, o fato de os artistas eventualmente contratados serem associados da entidade não faz dela, automaticamente, sua representante exclusiva.

36. O que se percebe, no caso concreto, é que a ASBT atuou como verdadeira intermediária para supostamente realizar evento que, na realidade, foi realizado pela Associação Xocós. Como evidência, cita-se, por exemplo, reportagem inserta no **site** da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, segundo a qual:

“Começa oficialmente nesta quinta-feira, 7, às 19h na Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes (Xocós), o II Encontro Cultural do Bairro Santo Antônio, na rua Japarutuba. O evento que termina no sábado, 9, visa a valorização da cultura sergipana através de apresentações de grupos folclóricos, peças de teatro, quadrilhas juninas, grupos de danças e shows com cantores e bandas locais.

Antônio Rogério, presidente da Xocós, conta que a Associação nasceu há dois anos com o intuito de fazer com que a população sergipana não perca suas raízes, para que não se tornem uma mera lembrança de um passado cheio de histórias. “É preciso encontros como esse, para que os nossos jovens percebam o quanto rica é a nossa cultura”, acrescenta. Por isso, Antônio Rogério diz que o encontro partiu desse pressuposto: de unir toda a sociedade para celebrar a cultura sergipana e aprender a valorizá-la.

Ao tempo em que o Encontro pretende unir e valorizar a cultura, Antônio também 'puxa a orelha' do poder público para que projetos como esse sejam mais valorizados, uma vez que para a iniciativa sair do papel e ser executada foi preciso muito luta e mais de um ano de trabalho. ‘A falta de recursos é um grande problema’, completa. Além disso, o músico diz que o Estado valorizando sua cultura, o turismo também cresce. ‘Se o poder público e os privados dessem importância para projetos desse cunho, toda a população ganharia. Nós, sociedade, com a arte e o Estado com o turismo’, relata.” (disponível em <http://www.infonet.com.br/noticias/cultura/ler.asp?id=76453>, acessado em 14/6/2018).

37. Outro aspecto que chama a atenção é o de que, no plano de trabalho e no convênio, os artistas Chico Queiroga e Antônio Rogério foram listados como artistas de **shows** individuais (inclusive com duração diferente) e teriam recebido cachês de R\$ 20.000,00 cada. No entanto, conforme consta da notícia veiculada em <http://culturasergipana.blogspot.com/2008/12/encontro-cultural-do-santo-antrnio.html> (acessado em 14/6/2018), os cantores Antônio Rogério e Chico Queiroga integram uma dupla desde 1998.

38. Segundo o MP/TCU, há documentação nos autos que poderia servir à comprovação da regularidade da execução financeira (contrato firmado com a Associação Xocós, nota fiscal, recibo, cheque nominal à contratada e extrato da conta bancária). No entanto, embora tal documentação guarde coerência com o objeto conveniado (peça 1, p. 111, 115, 118-120), entendo que não supre a ausência das cartas de exclusividade e dos recibos de recebimento dos cachês por parte dos artistas.

39. A ausência de recibo dos cachês impede o estabelecimento do nexos financeiro, pois não há como assegurar que os recursos do convênio foram utilizados para o pagamento dos artistas. Cabe ao gestor o ônus de comprovar a correta aplicação dos recursos que lhe são confiados.

40. A hipótese ora verificada, portanto, assemelha-se a outras situações já enfrentadas por este Tribunal em convênios firmados pelo MTur, a saber: celebração de convênio com empresa intermediária que contrata artistas por meio da venda, pelo próprio artista ou seu empresário exclusivo, de datas de apresentação a terceiros, os quais são contratados por inexigibilidade quando em posse de contratos ou declarações que garantem a exclusividade para apresentação do artista em uma determinada data, coincidente com a do evento apoiado por meio do convênio.

41. O **modus operandi** acima pode resultar em, ao menos, duas consequências negativas à execução do convênio: (i) 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; e (ii) 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.

42. Outra irregularidade que merece destaque é que não há nos autos a comprovação de que o contrato de inexigibilidade de licitação tenha sido publicado no Diário Oficial da União, conforme comando do art. 26 da Lei 8.666/1993 e do subitem 9.5.1.2 do Acórdão 96/2008-Plenário.

43. Assim sendo, em linha de consonância com a jurisprudência deste Tribunal, mostra-se pertinente a glosa da integralidade dos valores repassados.

44. Desse modo, a constatação da prática de ato de gestão com infração à norma legal enseja o julgamento pela irregularidade das contas do sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e da ASBT com fundamento no art. 16, inciso III, alínea “c”, da Lei 8.443/1992, bem como a aplicação da multa prevista no art. 57 da mesma lei. Ante a reprovabilidade da conduta dos responsáveis, fixo o valor da multa em R\$ 70.000,00, que correspondem a, aproximadamente, 40% do valor atualizado da dívida.

45. Diante do exposto, voto para que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 19 de junho de 2018.

BENJAMIN ZYMLER
Relator