

VOTO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo (MTur) em desfavor do Sr. Ernane Soares Borba, ex-prefeito de Cortês – PE (gestão: 2005-2008), diante da total impugnação das despesas inerentes ao Convênio 180/2008 (Siafi 625908) destinado a incentivar o turismo por meio do apoio à realização da “Festa do Trabalhador de Cortês”, sob o valor de R\$ 100.000,00, tendo a vigência do ajuste sido estipulada para o período de 21/5/2008 a 5/9/2009.

2. Em linhas gerais, depois de três análises da prestação de contas (Peça 1, p. 85-93, 103-109 e 119-129), o MTur reprovou a execução física do ajuste, considerando, especialmente, que: i) a ABB L. Produções de Espetáculos Ltda. teria sido contratada por inexigibilidade de licitação, mas ela teria apresentado apenas as cartas de exclusividade dos artistas, deixando de apresentar, contudo, os contratos registrados em cartório; e ii) as fotografias apresentadas não permitiriam a identificação do local do evento e das apresentações musicais (shows) previstas no plano de trabalho aprovado, tendo detectado, inclusive, alguns indícios de fraude documental pela inserção digital da logomarca do MTur.

3. No âmbito do TCU, a Secex/SP promoveu inicialmente a citação solidária do ex-prefeito e da contratada (Peças 13 a 16), tendo ele comparecido aos autos (Peça 20) com a alegação, em síntese, de: (a) incidência da prescrição quinquenal; (b) falta de previsão legal para a exigência de fotografias e filmagens como único meio de prestação de contas; (c) ausência de demonstração de dolo ou culpa; (d) possível enriquecimento ilícito pela administração, a partir da suposta cobrança indevida; e (e) violação ao princípio da proporcionalidade.

4. Por outro lado, a empresa contratada não foi localizada (Peças 15 e 23) e, por essa razão, a Secex/SP enviou a notificação ao Sr. Emerson Bernardino de Sena, já que ele figurava no cadastro da Receita Federal como o sócio administrador, de tal modo que ele apresentou a correspondente defesa (Peça 27), alegando, em suma, que não teria nenhum vínculo com a ABB L. Produções de Espetáculos Ltda., pois desconheceria totalmente a empresa e/ou os seus sócios, destacando que teria recebido outro ofício de citação, com o mesmo teor, no âmbito do TC 012.650/2013-6, e que, por isso, teria registrado essas ocorrências junto à Delegacia de Polícia de Panelas – PE (cf. os boletins anexados), diante dos indícios de estelionato.

5. De toda sorte, considerando que o Acórdão 5.548/2014 prolatado pela 2ª Câmara do TCU, nos autos do TC 012.650/2013-6 sob a relatoria do nobre Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, aprovara a descon sideração da personalidade jurídica da aludida empresa, em face dos indícios de fraude na designação dos seus sócios, em 2008, quando teria sido beneficiada pelo presente convênio, acolhi a proposta da unidade técnica (Peça 29) e conduzi a prolação do Acórdão 13.169/2016-TCU-2ª Câmara no sentido de descon siderar a personalidade jurídica da referida empresa com o intuito de promover a citação dos seguintes sócios (de fato e de direito): Bruno Leandro da Silva, Adjailson Benedito Barros e Carlos Marques Ferreira Júnior (Peça 35).

6. A despeito, contudo, de terem sido regularmente notificados, inclusive por edital (Peças 41 a 68), os responsáveis deixaram transcorrer **in albis** o prazo para apresentarem as suas alegações de defesa e/ou efetuarem o recolhimento do débito, assumindo a condição de revéis perante o TCU, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443, de 1992, com o prosseguimento normal do processo.

7. De todo modo, após a análise final do feito, a Secex/SP propôs a irregularidade das contas do ex-prefeito, da empresa e dos aludidos sócios, para condená-los, solidariamente, ao pagamento do débito apontado nos autos (R\$ 100.000,00, data-base: 25/6/2008), além de lhes aplicar a multa legal.

8. Por sua vez, o MPTCU concordou parcialmente com a referida proposta da unidade técnica, com a exceção, todavia, para o julgamento das contas da empresa, por considerar que não subsistiria a citação válida em relação à sociedade empresária, e para o valor do débito imputável aos sócios (Bruno Leandro da Silva e Adjailson Benedito de Barros), por considerar que eles só teriam recebido a quantia de R\$ 93.500,00, em face dos pagamentos à contratada em 8/7/2008 (Peça 8, p. 12),

de modo que não deveriam responder pelo valor restante (R\$ 9.350,00), já que supostamente pago em 11/11/2008 (Peça 8, p. 14), ao passo que eles teriam se desligado da empresa em 7/8/2008 (Peça 11).

9. Por esse ângulo, considerando que a data de referência para o débito deveria corresponder à data de pagamento à contratada, além da expressiva proporção assumida pelos recursos federais em face do aporte da contrapartida municipal sob o valor de apenas R\$ 2.850,00, equivalente a 97,23% do total de recursos públicos no ajuste, o **Parquet** especial propôs a irregularidade das contas do ex-prefeito e dos três sócios da contratada para condená-los solidariamente no pagamento do débito correspondente à 1ª parcela, sob o valor histórico de R\$ 90.909,00 (data-base: 8/7/2008), sem prejuízo de condenar solidariamente o ex-prefeito e o Sr. Carlos Marques Ferreira Júnior pelo débito sob o valor de R\$ 9.090,91 (data-base: 11/11/2008).

10. Incorporo o parecer da unidade técnica a estas razões de decidir, sem prejuízo de também acolher o ajuste formulado pelo MPTCU em relação à impossibilidade de responsabilização dos Srs. Bruno Leandro da Silva e Adjailson Benedito de Barros pelo valor total do débito apurado nestes autos, pugnando, todavia, pela manutenção da responsabilidade solidária da empresa contratada em relação ao débito, pelos motivos que passo a expor.

11. De fato, além de promover a contratação da ABB L. Produções de Espetáculos Ltda. por intermédio da indevida inexigibilidade de licitação, o Sr. Ernane Soares Borba não conseguiu comprovar o necessário nexos causal entre os recursos federais repassados e a consecução do objeto avençado, destacando que as suas alegações, consoante os pareceres da Secex/SP e do MPTCU, não são suficientes para afastar a sua responsabilidade pelo dano ao erário.

12. Bem ser vê que o conveniente fundamentou a aludida contratação direta no parecer técnico emitido em 23/5/2008 sob o singelo argumento de que “a empresa ABBL Promoções de Espetáculos Ltda EPP, conforme Ofício da Setur, detém de [sic] condições físicas para a realização do evento e tem credibilidade reconhecida em toda a região reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do evento” (Peça 8, p. 34), a despeito de a empresa constituída somente em 24/1/2008 (apenas 4 meses antes do certame: Peça 8, p. 35-37) não contar com a necessária credibilidade para a suscitada inexigibilidade de licitação, salientando, ainda, que o ex-prefeito não apresentou nenhuma justificativa para essa irregularidade.

13. Sobre essa falha, inclusive, a unidade técnica lembrou que, por meio do Acórdão 96/2008-Plenário (Sessão de 30/1/2008), o TCU já havia determinado ao MTur que orientasse os convenientes sobre a necessidade de fundamentarem a contratação de artistas por inexigibilidade de licitação com base na apresentação da cópia do contrato de exclusividade junto ao empresário contratado, com o devido registro em cartório, de tal modo que não poderiam ser aceitas as meras cartas de exclusividade apenas para os dias correspondentes às apresentações dos artistas, ainda que restritas à localidade do evento.

14. A publicidade, aliás, sobre os contratos de exclusividade entre os artistas e os empresários contratados estava prevista expressamente na Cláusula Terceira, II, alínea “cc”, do termo do convênio, sob pena de glosa dos valores pactuados (Peça 1, p. 59), de modo que, além de inobservância à legislação vigente e à jurisprudência do TCU, a não apresentação desses documentos configura-se como direta infração à norma regulamentadora do próprio ajuste tratado nesta TCE.

15. Por esse prisma, a prestação de contas encaminhada pelo ex-prefeito, a partir de diligência junto ao MTur, se mostrou incompleta a ponto de não comprovar a efetiva realização do evento, até mesmo porque não foram apresentados os comprovantes fiscais com o respectivo atesto para os pagamentos efetuados à contratada, destacando que o recibo dado pelo representante da empresa nas notas de empenho emitidas pela prefeitura (Peça 8, p. 12 e 14) não se mostra suficiente para comprovar o efetivo pagamento à contratada, nem, tampouco, para atestar que esses valores teriam sido repassados às bandas musicais supostamente apresentadas no evento.

16. Não restou comprovado, então, se as bandas teriam se apresentado no evento e se teriam recebido os correspondentes cachês, sobressaindo, por conseguinte, a presunção legal de terem

recebido os valores a partir de outra fonte de recursos, com o desvio dos recursos federais inerentes ao aludido convênio.

17. Não fosse o bastante, somente o valor de R\$ 93.500,00 (sacado da conta bancária específica do ajuste em 8/7/2008 por meio do Cheque 85001) poderia ter sido supostamente destinado ao evento, já que o saldo remanescente (R\$ 6.500,00) teria sido sacado dois dias depois, por meio de transferência sem a necessária identificação (Peça 8, p. 11-16), impedindo o estabelecimento, com isso, do necessário nexos causal entre os recursos federais transferidos e o suposto destinatário final dos pagamentos, até porque o Cheque 851400, sob o valor de R\$ 9.350,00 pago à ABB L. Produções de Espetáculo Ltda. em 13/11/2008 (Peça 8, p. 13-14 e 79), não tem força bastante para comprovar as despesas declaradas, salientando, ainda, que a relação de pagamentos apresentada pelo ex-prefeito promove a indicação de valores, de cheques e de datas em parâmetros distintos dos observados nos demais documentos da prestação de contas (Peça 8, p. 7).

18. Bem se sabe que a jurisprudência do TCU é firme no sentido da responsabilidade pessoal do gestor pela comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais recebidos mediante convênio ou instrumentos congêneres, submetendo-se todo aquele que administra recursos públicos ao dever constitucional e legal de demonstrar o correto emprego dos valores federais, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição de 1988 e do art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 (v.g.: Acórdãos 27/2004 e 1.569/2007, da 2ª Câmara; e Acórdãos 11/1997, 1.659/2006 e 59/2009, do Plenário).

19. Por essa linha, diante da ausência da referida documentação (contratos de exclusividade registrados em cartório, notas fiscais, fotografias e filmagens etc.) e do referido saque não identificado, impedindo o estabelecimento do referido nexos causal, mostra-se adequada a desaprovação das contas pelo ente repassador, em face da total impugnação das despesas declaradas a partir da ausência de elementos capazes de demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos federais transferidos, dando ensejo, assim, à presunção legal de dano ao erário.

20. Para piorar toda essa situação, apesar de o evento estar previsto para o dia 24/5/2008, o plano de trabalho foi aprovado somente em 20/5/2008 e, ainda assim, a partir de pareceres (técnico e jurídico) emitidos em curtíssimo período de tempo (em 19 e em 21/5/2008), tendo o referido ajuste contado estranhamente, ainda, com a celebração do convênio nesse mesmo dia (em 21/5/2008) e com a subsequente publicação, contudo, do seu extrato apenas no D.O.U. de 16/6/2008, quando o evento, aliás, já estava até terminado (Peça 1, p. 13-81).

21. Essa intempestividade pode ser observada também no efetivo repasse dos recursos federais, já que a respectiva ordem bancária foi emitida somente em 25/6/2008, a despeito de o suscitado evento ter ocorrido em 24/5/2008 e de a prefeitura ter assinado o contrato com a ABB L. Produções de Espetáculos Ltda. em 23/5/2008 (Peça 9, p.52-54), restando evidenciada, assim, toda a estranha destinação dos recursos federais para o pagamento de despesas já realizadas.

22. Bem se sabe que o TCU já se deparou com várias TCE sobre o indevido repasse de recursos federais pelo MTur em prol de eventos já realizados, de sorte que, por não ter sido promovida a devida fiscalização **in loco**, a análise do órgão repassador sobre a execução física do ajuste teve de ser feita com base em fotografias, filmagens e materiais de divulgação, ficando evidenciado, todavia, que esses elementos de convicção tendem a ser precários para o ateste do efetivo cumprimento do objeto pactuado (v.g.: Acórdãos 1.582/2014, 4.199/2016 e 2.562/2017, da 2ª Câmara, entre outros).

23. A jurisprudência do TCU se consolidou, contudo, no sentido de que a falta desses elementos não tende a se configurar como mera falha formal, tendendo muito mais a resultar na irregularidade das contas para a conseqüente imputação do débito em desfavor do gestor, ainda mais quando se observa que essas exigências constavam expressamente do termo de convênio (v.g.: Acórdãos 4.916/2016 e 4.684/2017, da 1ª Câmara, e Acórdãos 10.667/2015, 2.465/2016 e 9.536/2017, da 2ª Câmara).

24. Foi o que ocorreu, aliás, no presente caso concreto, já que o termo de convênio consignava expressamente a obrigatoriedade de comprovação do cumprimento do objeto por meio de fotografias ou de mídias digitais, com as imagens das apresentações e dos materiais usados para a divulgação do

evento, a exemplo dos anúncios veiculados em jornais e em rádios e das faixas com os cartazes afixadas em locais públicos, com a devida identificação do ajuste, aí incluído o registro da logomarca do órgão concedente.

25. Por esse prisma, a Secex/SP anotou que o ex-prefeito poderia ter apresentado vários outros elementos de convicção para suprir a ausência das fotografias ou filmagens, com fundamento nos princípios da verdade material e do formalismo moderado, mas ele não apresentou nenhuma documentação complementar com o intuito de atestar a efetiva realização do evento com os recursos federais transferidos, salientando, nesse ponto, que procede a alegação de que o registro fotográfico teria sido supostamente feito por empresa contratada, mas teria sido destruído pela pretensa enchente ocorrida no referido município, até mesmo porque a cheia de maior repercussão na aludida região de Pernambuco teria ocorrido em junho de 2010, e não na época da referida prestação de contas, em 4/11/2008 (https://pt.wikipedia.org/wiki/Enchentes_em_Alagoas_e_Pernambuco_em_2010).

26. Por seu turno, em relação à responsabilidade dos sócios da ABB L. Produções de Espetáculos Ltda., para além do já mencionado TC 012.630/2013-6, a citada empresa teve a sua personalidade jurídica desconsiderada também no âmbito de outros processos sob a minha relatoria, tendo resultado na prolação dos Acórdãos 3.507/2016, 3.184/2017 e 3.772/2017, da 2ª Câmara, com a identificação de irregularidades equivalentes às detectadas nesta TCE, a exemplo, em especial, das seguintes falhas:

- a) indícios de fraude na designação dos sócios, já que o Sr. Emerson Bernardino de Sena, como suposto sócio administrador da empresa, afirmara, em suas alegações de defesa no âmbito do TC 012.630/2013-6, não integrar o aludido quadro societário, tendo sido vítima de estelionatários;
- b) o contrato e os recibos em nome da empresa foram firmados pelo Sr. Carlos Marques Ferreira Júnior, como o seu representante legal; e
- c) o cadastro da referida pessoa jurídica, a partir da base de dados da Receita Federal em 27/2/2016 (Peça 11 destes autos), aponta para o seguinte quadro societário:

CPF	Nome	Inclusão	Exclusão	Qualificação	Capital
069.467.914-36	Bruno Leandro da Silva	29/01/2008	07/08/2008	Sócio administrador	50,00%
071.178.884-74	Adjailson Benedito de Barros	29/01/2008	07/08/2008	Sócio administrador	50,00%
085.150.394-27	Jose Adalberto da Silva	27/08/2008	00/00/0000	Sócio	10,00%
068.753.954-44	Emerson Bernardino de Sena	07/08/2008	00/00/0000	Sócio administrador	90,00%

27. Na mesma linha, a irregular atuação dos sócios da aludida empresa foi observada, ainda, no âmbito dos Acórdãos 6.277/2016, 13.218/2016 e 3.600/2017, da 2ª Câmara, sob a relatoria do nobre Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.

28. Por conseguinte, mostra-se adequada a uniforme proposta no sentido de acolher as alegações do Sr. Emerson Bernardino de Sena, excluindo-o da presente relação processual, já que ele não seria o verdadeiro sócio, nem teria atuado como administrador da referida empresa, destacando que não há provas nos autos de que ele tivesse alguma relação jurídica com a referida sociedade empresária, além de residir em município diverso da sede da empresa.

29. De todo modo, em relação à responsabilização da aludida empresa, entendo que se mostra mais adequado seguir o parecer emitido pelo MPTCU, nos autos do TC 012.630/2013-6, quando a atual Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva aduziu que:

“(…) 5. Com efeito, entendemos que a desconsideração da personalidade jurídica da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. teve a finalidade de ampliar a responsabilização pelo ressarcimento do dano, extensivamente aos patrimônios particulares dos sócios da empresa, originariamente protegidos pelo manto da pessoa jurídica. Desse modo, não se justifica a exclusão da própria pessoa jurídica da relação processual, uma vez que essa medida alijaria da execução eventual patrimônio da própria empresa, com diminuição da possibilidade de êxito na recuperação dos recursos federais malversados” (grifou-se).

30. Ocorre que a retirada da aludida pessoa jurídica, nesta relação processual, tenderia apenas a prejudicar a correspondente desconsideração da personalidade jurídica, quando se buscou ampliar o parâmetro subjetivo para o efetivo ressarcimento ao erário, de tal sorte que não se mostra razoável promover a condenação dos sócios, excluindo a responsabilidade da referida empresa, até porque ela também foi usada como beneficiária do indevido desvio dos recursos federais.

31. Por conseguinte, diante das evidências de inexecução do ajuste e da ausência do aludido nexos causal, o TCU deve rejeitar a defesa oferecida pelo gestor público, salientando que ele deve responder solidariamente com a contratada e os respectivos sócios (de direito e de fato) apenas sobre a parcela de R\$ 93.500,00, em face do indevido pagamento à empresa, em 8/7/2008, ficando o valor restante (R\$ 6.500,00) sob a exclusiva responsabilidade do gestor público, já que esse valor foi diretamente sacado pela prefeitura, em 10/7/2008, quebrando o subsequente nexos causal.

32. A jurisprudência do TCU tem se firmado, nos últimos anos, para fixar a responsabilidade do agente público e do terceiro contratado, no caso de dano ao erário, promovendo o julgamento pela irregularidade das suas contas para condená-los solidariamente ao ressarcimento do erário (v.g.: Acórdãos 2.545/2013, 2.465/2014, 295/2016, 1.523/2016, 2.505/2016, 638/2017, 1.785/2017, do Plenário do TCU), sem prejuízo, é claro, de lhes aplicar a multa legal.

33. Não se vislumbra, enfim, a prescrição da pretensão punitiva do TCU, no presente caso concreto, haja vista que, nos termos do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, não houve o transcurso de mais de dez anos entre a ordem para a citação no âmbito do TCU, em 29/11/2016 (Peça 36), e a data fatal para a prestação de contas final do ajuste, em 4/11/2008 (Peça 8, p. 133).

34. Em linhas gerais, por meio desse Acórdão 1.441 proferido na Sessão Extraordinária de 8/6/2016, o TCU firmou o seu entendimento no sentido de que a prescrição da pretensão punitiva deve seguir a regra geral do prazo decenal, contado a partir do fato, em linha com o art. 205 do Código Civil brasileiro, interrompendo-se a contagem do aludido prazo com a ordem de citação, nos termos do art. 240, **caput**, do Código Processual Civil (Lei 13.105, de 2015).

35. Sem prejuízo, contudo, do respeito a esse entendimento do Tribunal, reitero a minha ressalva já registrada em vários outros julgados do TCU, no sentido de que, na ausência de lei específica, o TCU não deveria aplicar qualquer prazo prescricional sobre a referida pretensão punitiva ou, então, na pior das hipóteses, o Tribunal deveria aplicar a regra prescricional contida na Lei 9.873, de 1999, não só porque ela trata diretamente de prescrição no âmbito do direito administrativo sancionador, mas também porque, entre outras medidas, a aludida lei manda aplicar o prazo prescricional penal, quando a infração administrativa também configure crime, além de determinar expressamente que, no caso de ilícito continuado ou permanente, a contagem do prazo se inicie no dia em que o ilícito tiver cessado.

36. Por essa linha, a despeito de registrar essa minha posição pessoal, pugno pela aplicação da multa legal aos responsáveis, submetendo-me, pois, ao entendimento fixado pelo TCU no âmbito do aludido Acórdão 1.441/2016-Plenário.

37. Por tudo isso, entendo que o TCU deve julgar irregulares as contas do ex-prefeito, além da empresa contratada e dos aludidos sócios, para condená-los, solidariamente, ao pagamento do débito apontado nestas razões de decidir, sem prejuízo de lhes aplicar a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443, de 1992.

Ante o exposto, proponho que seja prolatado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 6 de fevereiro de 2018.

Ministro-Substituto ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator

