

TC 000.873/2015-2

Tipo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Cortês - PE

Recorrente: Ernane Soares Borba (CPF 004.556.364-00)

Advogado: Raphael Parente Oliveira (OAB/PE 26.433) (procuração peça: 25)

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: 1. Tomada de Contas Especial. Convênio “Festa do São João da Paz de Cortês-PE”. Impugnação total das despesas. Desconsideração da personalidade jurídica. Citação solidária dos responsáveis. Alegações de defesa insuficientes para o afastamento do dano ao erário. Contas irregulares. Débito. Multa. 2. Recurso de reconsideração. Alegação de motivo de força maior não acatada por divergência entre as datas da enchente e a prestação de contas. Não comprovação da apresentação e do pagamento dos cachês das bandas previstas no plano de trabalho aprovado. Nexo causal das despesas não comprovado. Contrato com vício. Não provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peça 47) interposto por Ernane Soares Borba contra o Acórdão 3.772/2017-TCU-2a Câmara (peça 36), que apresenta o seguinte teor:

9.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. Ernane Soares Borba e Carlos Marques Ferreira Júnior;

9.2. julgar irregulares as contas dos Srs. Ernane Soares Borba e Carlos Marques Ferreira Júnior, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, 19, caput e 23, inciso III, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-los, solidariamente, ao pagamento da importância original de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados desde 15/8/2008 até a data da efetiva quitação, abatendo-se a quantia de R\$ 28,92 (vinte e oito reais e noventa e dois centavos), restituída em 15/9/2012, fixando aos responsáveis o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, III, “a”, do RITCU, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional;

9.3. aplicar aos Srs. Ernane Soares Borba e Carlos Marques Ferreira Júnior, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do RITCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, o parcelamento das dívidas constantes deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão a atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo ao responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU), sem prejuízo das demais medidas legais;

9.5. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, a cobrança judicial das dívidas constantes deste Acórdão, caso não atendidas as notificações; e

9.6. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado de Pernambuco, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 209, § 7º, do RITCU, para a adoção das medidas judiciais cabíveis.

HISTÓRICO

1.1. Trata-se de tomada de contas especial (TCE) instaurada pelo Ministério do Turismo (MTur) contra Sr. Ernane Soares Borba, ex-prefeito de Cortês/PE (mandato 2005-2008), em razão da impugnação total das despesas inerentes ao Convênio nº 796/2008 destinado à realização do projeto “Festa do São João da Paz de Cortês-PE”, perfazendo o montante de R\$ 165.000,00, com R\$ 150.000,00 à conta do concedente e R\$ 15.000,00 a título de contrapartida do conveniente.

1.2. Com fundamento em pareceres das áreas técnicas, e em razão da reprovação da execução física e financeira do convênio, o relatório do tomador de contas concluiu que o dano ao erário deveria equivaler ao valor total original dos recursos repassados pelo MTur (R\$ 150.000,00). A responsabilidade pelo dano foi atribuída ao Sr. Ernane Soares Borba, prefeito à época do Município de Cortês – PE, a quem coube a aplicação integral dos recursos federais repassados (peça 1, p. 231-237).

1.3. Nesta Corte, foi promovida a citação solidária dos Srs. Ernane Soares Borba e Carlos Marques Ferreira Júnior, sócio de fato da empresa ABBL Promoções de Espetáculos Ltda. e signatário do contrato de prestação de serviço, para a realização do Convênio nº 796/2008, e dos recibos constantes das notas de sub empenho (Peça nº 7, fls. 49/51, 92 e 95), para que apresentassem as suas alegações de defesa em relação às irregularidades consignadas nos autos, tendo a desconsideração da personalidade jurídica e as respectivas citações sido autorizadas por meio do Acórdão 8.561-TCU-2ª Câmara (Peça nº 13).

1.4. Por intermédio dos Ofícios 1.165 e 1.275/2016-TCU/SECEX/PE, os responsáveis foram regularmente citados em função de:

a) apresentar fotografias que não comprovam a realização do evento e dos shows; e

b) não apresentar notas fiscais e recibos emitidos em nome das bandas e assinadas por seus representantes legais ou pelos seus empresários exclusivos, sendo essa representação ou exclusividade registrada em cartório, não sendo comprovado, assim, o nexos causal entre os recursos recebidos e os pagamentos efetuados, descumprindo-se o art. 63 da Lei nº 4.320/1964, o art. 93, do Decreto Lei nº 200/1967, e o art. 50, § 3º, da Portaria Interministerial nº 127/2008, vigente à época. (peças 16, 22, 23 e 24).

1.5. Os responsáveis compareceram aos autos e apresentaram as alegações de defesa, as quais foram acostadas às peças 27 e 29.

1.6. Em síntese, a motivação para a condenação proferida no Voto do acórdão é que “não restou comprovado, na realidade, se as bandas teriam se apresentado no evento e se teriam recebido os correspondentes cachês, sobressaindo, ainda, a possibilidade de terem recebido os valores a partir de outra fonte de recursos, com o desvio dos recursos federais inerentes ao Convênio nº 796/2008” (peça 37, p. 2, item 18).

1.7. Acolhendo os pareceres uniformes da unidade técnica, do Ministério Público/TCU e do Relator a quo, o Tribunal considerou que não houve a comprovação da execução física-financeira, razão pela qual julgou irregulares as contas do ex-prefeito, imputando-lhe débito e multa, nos termos do Acórdão 3.772/2017-TCU-2a Câmara (peça 36).

1.8. Examina-se, nesta oportunidade, o recurso de reconsideração (peça 47) interposto por Ernane Soares Borba, sob a relatoria do Ministro Augusto Nardes.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. Ratifica-se a proposta de conhecimento do recurso, com atribuição de efeito suspensivo, nos itens 9.2, 9.3 e 9.5 do Acórdão 3.772/2017-Segunda Câmara, formulada no exame de peça 47 e acolhida pelo Relator, Ministro Augusto Nardes, conforme Despacho de peça 51.

EXAME DE MÉRITO

3. Delimitação do recurso

3.1. A insurgência contra o acórdão condenatório é baseada nas seguintes questões, examinadas na sequência:

- a) se cabe o aproveitamento de sentença absolutória de processo em Ação de Improbidade Administrativa em razão de motivo de força maior;
- b) se houve a execução física do evento e se há obrigação de comprovar a realização do objeto conveniado por meio de fotografias e vídeos;
- c) se houve a execução financeira e se cabe a flexibilização do Acórdão recorrido em razão da ausência dos contratos de exclusividade nos moldes do Acórdão TCU 96/2008;
- d) do enriquecimento ilícito da administração e da declaração de nulidade do contrato;

4. Do aproveitamento de sentença absolutória em processo de Ação de improbidade Administrativa em razão de motivo de força maior;

a) Razões recursais:

4.1. O recorrente pede que seja levada em consideração a manifestação do Poder Judiciário quanto a impossibilidade de apresentação de material de foto e filmagem devido a motivo de força maior, conforme consta à sentença da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa no Processo 0000329-38.2014.4.05.8312, proferida pela Justiça Federal de Pernambuco (peça 47, pp.4-6).

b) Análise:

4.2. O argumento apresentado não merece prosperar.

4.3. Inicialmente, deve-se registrar que constam nos autos o pronunciamento do MPTCU e do Ministro relator em relação à Ação Civil Pública 0000329-38.2014.4.05.8312, no que diz respeito à alegação apresentada pelo recorrente quanto ao julgamento pela improcedência da ação, proferido pela Justiça Federal de Pernambuco, assim como sobre o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região no âmbito da mesma Ação Civil Pública (peça 34). Em síntese, os referidos pronunciamentos não tiveram força bastante para alterar o juízo de mérito do Acórdão recorrido, em virtude da independência das instâncias judicial e administrativa (peça 35, p. 3 e peça 37, p. 3).

4.4. Neste sentido, repisa-se que o desenvolvimento de ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) em juízo, a priori, não tem impacto direto na jurisdição exercida pelo TCU. Somente

sentença absolutória no juízo criminal fundamentada na inexistência do fato ou que o acusado não foi o autor do ilícito impediria a responsabilização civil e administrativa do recorrente.

4.5. O caso concreto não contempla tal conjectura. Dessa forma, suposto vínculo não sucede. Sobre o assunto, há farta jurisprudência da Corte de Contas Federal.

A sentença proferida pelo juízo cível, sob qualquer fundamento, não vincula a decisão administrativa proferida pelo TCU, em razão do princípio da independência das instâncias. Apenas a sentença absolutória no juízo criminal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato ou na negativa de autoria tem habilidade para impedir a responsabilização civil e administrativa do agente. (Acórdão 131/2017-Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

A independência das instâncias só deixa de prevalecer quando a decisão judicial que declara a inexistência do fato ou nega sua autoria é proferida em ação de natureza criminal. Tratando-se de ação civil, prevalece a regra geral, que é a incomunicabilidade das instâncias civil, penal e administrativa. (Acórdão 2.983/2016-Primeira Câmara, relator Ministro Bruno Dantas)

O princípio da independência das instâncias permite ao TCU apreciar, de forma plena, a boa e regular gestão dos recursos públicos federais, mesmo nos casos em que as irregularidades também estejam sendo apuradas em outras instâncias administrativas ou judiciais. O juízo administrativo só se vincula ao penal quando neste último é afirmada, categoricamente, a inexistência do fato ou que o acusado não foi o autor do ilícito. (Acórdão 30/2016-Plenário, relator Ministro Augusto Nardes)

4.6. Adicionalmente, registre-se que houve a condenação do recorrente em quatro Ações de Improbidade Administrativa na Justiça Federal de Pernambuco, que totalizaram R\$564.400,14, em decorrência de convênios e repasse de recursos federais durante a gestão do sr. Ernane Soares Borba no município de Cortês-PE. Segue tabela com as informações dos respectivos processos:

Número do Processo	Objeto	Valores
0016943-28.2012.4.05.8300	Convênio nº 927/2007 - Ministério do Turismo	R\$ 100.000,00
008559-81.2009.4.05.8300	Convênio nº 2416/2004 -Ministério da Saúde	R\$ 77.760,00
0000329-38.2014.4.05.8312	Convênio nº 796/2008 - Ministério do Turismo	R\$ 150.000,00
0000271-35.2014.4.05.8312	Convênio nº 1800/2005 - Ministério da Saúde	R\$ 145.500,00
0000020-53.2014.4.05.8300	Recursos federais da Resolução/CD/FNDE nº 23 de 24/04/2006	R\$ 91.140,14

4.7. Ademais, o argumento de impossibilidade de apresentação de material de foto e filmagem dos shows das bandas previstas no plano de trabalho do Convênio nº 796/2008, devido motivo de força maior, não se mostra razoável (peça 1, p.31).

4.8. Inicialmente, deve-se registrar que a enchente na região da Mata Sul de Pernambuco ocorreu em junho de 2010, enquanto verifica-se nos autos que o Convênio 796/2008 teve vigência de 23/6/2008 a 24/10/2008, com mais trinta dias para a apresentação da prestação de contas. Ou seja, o recorrente teve a oportunidade de mandar em sua prestação de contas as supostas fotografias e filmagens que teriam registrado a apresentação das bandas contratadas para o ajuste em análise, mas não o fez de forma tempestiva.

4.9. Assim, resta esclarecido que a enchente ocorrida na região da Mata Sul de Pernambuco em junho de 2010 não foi de fato motivo para a ausência das supostas fotografias e filmagens da apresentação das bandas previstas no plano de trabalho do ajuste em análise, uma vez que em 26 de dezembro de 2008 foi encaminhado, pelo próprio recorrente, o ofício GP no 329/12/2008, com o relatório de Prestação de Contas do Convênio no 796/2008, momento propício para o encaminhamento das ditas fotos e filmagens que o recorrente alega ter feito (peça 1, pp.115).

4.10. Outrossim, antes da ocorrência das enchentes na região da Mata do Sul, o MTur, em 26 de abril de 2010, por meio do Ofício no 751/2010//DGI/SE/MTur, comunicou a Prefeitura Municipal de Cortês-PE sobre as pendências descritas na Nota Técnica no 401/2010 de 14/04/2010 (peça 1, p. 131 e pp. 123-129) e, apesar dos ofícios de resposta ao MTur justificando a enchente como motivo para perda do registro dos shows, ainda assim resta não esclarecido o motivo da não utilização das ditas imagens e vídeos à época do envio da prestação de contas.

4.11. Desta forma, conforme análise prévia detalhada, seja pela falta de razoabilidade do argumento de defesa apresentado, ou pela independência das instâncias, que não prevê condicionamento desta Corte à sentença proferida pelo juízo cível, inexistente razão ao recorrente nos argumentos apresentados.

5. Se houve a execução física do evento e se há obrigação de comprovar a realização do objeto conveniado por meio de fotografias e vídeos.

a) Razões recursais:

5.1. O recorrente alega que nos termos da cláusula décima segunda do Convênio 796/2008 não há a exigência da apresentação de fotos e vídeos para a prestação de contas. Acrescenta o Acórdão nº 1.459/2012-TCU-Plenário, do Ministro Relator Augusto Nardes, e argumenta que a prestação de contas deve-se pautar nos termos do Convênio 796/2008 (peça 47, pp. 7-8).

5.2. Por fim, aduz que há comprovação da realização do objeto conveniado e traz trecho da instrução da unidade técnica que, segundo o recorrente, recomendaria afastar a irregularidade em relação à execução física, uma vez que os documentos apresentados na prestação de contas trazem indícios que o evento aconteceu (peça 30, p. 8, item 19.1 e peça 47, p. 9).

b) Análise:

5.3. O argumento não merece prosperar.

5.4. No que diz respeito à execução física do convênio, segue excerto do Voto Condutor do Acórdão nº 3.772/2017-TCU-2ª Câmara arguido pelo recorrente (peça 37):

10. Entre as razões para a reprovação da execução física do Convênio nº 796/2008, constatou-se a falta de apresentação das fotografias para a comprovação da efetiva realização da “Festa do São João da Paz de Cortês – PE”.

11. Ainda que possa até assistir parcial razão ao Sr. Ernane Soares Borba, ao afirmar, em sua defesa, que, somente a partir de 2010, o MTur passou a orientar os convenientes a apresentar as fotos ou os vídeos para a comprovação da regular execução física dos convênios, vê-se que a execução financeira do Convênio nº 796/2008 também restou reprovada.

12. Ocorre que, a despeito de constar do plano de trabalho a definição das bandas que deveriam ser contratadas (peça 7, p. 24), o pagamento pelos supostos **shows** realizados no evento foi efetuado à ABBL Promoções de Espetáculos Ltda., tendo essa empresa sido contratada por meio de inexigibilidade de licitação.

13. Por meio da aludida inexigibilidade de licitação, foi promovida a contratação da empresa ABBL com o intuito de ela intermediar a contratação dos correspondentes artistas, mas foram apresentadas as cartas de exclusividade somente para o dia e local do evento (Peça nº 7, fls. 39/42), não comprovando, portanto, ser a referida empresa efetivamente a representante legal das bandas.

...

18. Em outras palavras, não restou comprovado, na realidade, se as bandas teriam se apresentado no evento e se teriam recebido os correspondentes cachês, sobressaindo, ainda, a possibilidade de terem

recebido os valores a partir de outra fonte de recursos, com o desvio dos recursos federais inerentes ao Convênio nº 796/2008.

19. Eis que a mera execução física do objeto ajustado não serve, por si só, para comprovar que os recursos federais teriam sido aplicados corretamente, sobretudo quando se observa que, no presente caso concreto, a aludida ausência da documentação impediu a demonstração do referidonexo causal, ficando configurada, assim, a presunção legal de integral dano ao erário.

5.5. Portanto, depreende-se, em síntese, do excerto prévio, que “a mera execução física do objeto não serve, por si só, para comprovar que os recursos federais teriam sido aplicados corretamente...”, o débito imputado ao ora recorrente também foi motivado pela ausência de elementos probatórios que evidenciassem os shows das bandas previstas no plano de trabalho, bem como pela comprovação do recebimento dos cachês pelas bandas a partir da empresa ABBL Promoções de Espetáculos Ltda., contratada mediante inexigibilidade de licitação (peça 37, p.2).

5.6. Registre-se que não se questionam as declarações emitidas por sindicatos, partidos políticos, vereador do município, diretor de rádio comunitária e diversas outras pessoas do município atestando a realização dos shows (peça 7, p. 176-187). Estes documentos dão indícios que o evento ocorreu no referido município, porém, não comprovam que as bandas previstas no Plano de Trabalho aprovado se apresentaram de fato (peça 1, 31).

5.7. Quanto à obrigação de comprovar a realização do objeto conveniado por meio de fotografias e vídeos, repisa-se que a motivação do débito imputado, apesar dos indícios da execução física do evento, não foi somente pela ausência de comprovação da realização dos shows das bandas previstas no Plano de Trabalho, mas também pela inexecução financeira do convênio firmado.

5.8. Deste modo, a citação do Acórdão 1.459/2012-Plenário, não auxilia o recorrente, uma vez que o aresto resultou de consulta formulada pelo Ministro de Estado do Turismo acerca da possibilidade de ser requerida a comprovação do objeto apoiado ante a apresentação de fotografias, jornais pós-eventos, CDs, DVDs, entre outros, para o caso de eventos patrocinados anteriormente a 2010. O **decisum** assim dispõe:

9.2.1 a análise de prestação de contas relativas a convênios celebrados pelo Ministério do Turismo deve observar, quanto aos documentos que a compõem, a legislação vigente à época da celebração da avença e o prescrito no termo de ajuste, sendo sempre necessário que o cumprimento do objeto pelo conveniente reste indubitavelmente comprovado;

9.2.2 para as situações anteriores a 2010, caso os documentos enumerados no art. 28 Instrução Normativa STN 1/97 e no art. 58 da então vigente Portaria Interministerial 127/2008 não sejam suficientes para comprovar a execução do objeto do convênio, poderão ser exigidos outros elementos de prova, tais como os estabelecidos a partir daquele ano (fotografias, jornais pós-evento, CDs, DVDs, entre outros);

5.9. Ademais, colaborando neste entendimento, cabe mencionar excerto do Acórdão 3.589/2017-TCU-2ª Câmara – Ministro Relator Aroldo Cedraz:

14.17. Portanto, depreende-se que não é razoável exigir-se ordinariamente a apresentação de fotografias e elementos similares para a aprovação das contas de um convênio anterior a 2010, especialmente se os termos do ajuste não estabeleciam tal obrigação. Porém, não se mostra equivocado, ou, abusivo, requisitar, caso necessário, que o conveniente demonstre, inclusive com fotografias e elementos afins, que houve a realização do objeto.

14.18. Assim, entende-se que o citado Acórdão 1459/2012-TCU-Plenário tão somente explicitou a necessidade de o gestor dos recursos federais bem provar que esses foram aplicados no objeto previsto. Apenas que sendo o rol de elementos probatórios nele mencionados meramente exemplificativo, e com a ressalva de que para os casos anteriores a 2010 os mesmos elementos

poderiam ser exigidos em adição à documentação contida nos próprios ajustes e na legislação correlata então vigente, na hipótese de não se mostrarem suficientes no caso concreto. Vale lembrar que a consulta do Mtur versou sobre a aplicabilidade do artigo 59 de sua própria Portaria 112/2012.

5.10. Assim, mesmo não havendo a exigência de apresentação de fotos e vídeos para a prestação de contas, nos termos do ajuste do Convênio 796/2008, mostra-se razoável, à exemplo do Acórdão 3.589/2017-TCU-2ª Câmara, previamente citado, a exigência do envio de registros fotográficos ou filmagens como prova cabal de demonstração da apresentação das bandas previstas no plano de trabalho aprovado, uma vez que a execução financeira também não logrou êxito em comprovar que tais bandas receberam de fato os cachês especificados também no plano de trabalho do convênio.

5.11. Por essas razões, conclui-se pela rejeição das razões recursais, devido a não comprovação nos autos se as bandas fizeram shows no Projeto “Festa do São João da Paz de Cortês-PE”, bem como se receberam os correspondentes cachês previstos no Plano de Trabalho aprovado para o Convênio em análise.

6. Da execução financeira e flexibilização do Acórdão recorrido em razão da ausência dos contratos de exclusividade nos moldes do Acórdão TCU 96/2008.

a) Razões recursais:

6.1. O recorrente admite que não foi acostado ao processo carta de exclusividade nos moldes demandados pelo Acórdão 96/2008 para a contratação por inexistência de artista (peça 47, p. 12 e p. 18).

6.2. Entretanto argumenta que, apesar do Acórdão TCU 96/2008 tecer recomendações sobre o assunto, não há legislação que defina o meio de comprovação dos poderes que o artista outorga a exclusividade ao empresário contratado pelo profissional do setor artístico (peça 47, pp. 12-13).

6.3. Consequentemente, invoca a flexibilização da determinação desta Corte e aduz que o contrato firmado entre o artista e seu empresário é na realidade um contrato de agência, podendo até ser verbal nos termos do artigo 656 c/c 721 do Código Civil (peça 47, p. 13).

6.4. Sustenta a tese citando doutrina, julgado do TJ/PE e processo TCE-PE nº 1202618-9 (peça 47, pp. 13 e 14).

b) Análise:

6.5. Não assiste razão ao recorrente em seu argumento.

6.6. Inicialmente, registre-se que consta no Plano de Trabalho aprovado a contratação das seguintes bandas com os respectivos cachês (peça 1, p. 31):

Nome da banda	Valor
Banda Picape Turbinada	R\$ 50.000,00
Banda Vilões do Forró	R\$ 50.000,00
Banda Internautas do Forró	R\$ 50.000,00
Banda Corcel Negro	R\$15.000,00

6.7. O Convênio MTur/PM. DE CORTÊS- PE/No 796/2008, ora em análise, estabeleceu nos termos da Cláusula 3ª – Das Obrigações dos partícipes, inciso II – Compete ao Conveniente, alínea a) “executar, conforme aprovado pelo CONCEDENTE, o Plano de Trabalho e suas reformulações, zelando pela boa qualidade das ações e serviços prestados, buscando alcançar eficiência e eficácia na sua consecução;” (peça 1, p. 67).

6.8. No contrato firmado para a realização do evento com a empresa ABBL Promoções de Espetáculos Ltda., mediante inexigibilidade de licitação, não há menção às bandas prometidas ao MTur no Plano de Trabalho aprovado. O objeto contratado, nos termos da Cláusula 1ª do ajuste, limita-se a descrever que “o presente instrumento tem por objeto a execução do Projeto “São João da Paz de Cortês - 2008/PE, nos dias 23 e 24/06/2008, tocando músicas de diversos ritmos” (Peça 7, pp. 49-51 e pp.43-48).

6.9. Assim sendo, se o Plano de Trabalho previa a contratação de determinadas bandas, e no contrato não há menção destas bandas, as quais o recorrente se comprometeu com o MTur por meio do Plano de Trabalho aprovado, resta configurado que o contrato já foi celebrado com vício.

6.10. No que diz respeito a citação de sentença proferida pelo TJ/PE relativa a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, apesar de tratar de temática semelhante ao caso em concreto, não se aproveita nesta análise, conforme debatido no item 4 desta instrução, por não haver condicionamento desta Corte à sentença proferida pelo juízo cível (peça 47, pp. 13-14) e pelo fato de o TCU ter firmado entendimento próprio acerca da temática. Outrossim, importante repisar que, o débito imputado é decorrente, além da ausência do contrato de exclusividade adequado, de inexecução financeira e de execução física parcial, conforme amplamente debatido nesta instrução.

6.11. Adicionalmente, ainda sobre a impossibilidade de contratação direta de empresa intermediária por inexigibilidade, com exclusividade limitada a determinados dias ou eventos, segue excerto do voto condutor do Acórdão 351/2015-TCU-2ª Câmara, proferido pelo Ministro Marcos Bemquerer, o qual resume bem o entendimento do Tribunal sobre o assunto:

8. Relativamente à contratação da [empresa] para organização do evento ‘Paraíso Folia’, cabe observar que o comando normativo utilizado como fundamento, o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93, refere-se expressamente à contratação de profissional de setor artístico diretamente com o próprio artista ou por meio de seu empresário exclusivo, que é aquele que gerencia o artista ou banda de forma permanente.

9. A inteligência deste artigo revela a impossibilidade jurídica de contratação direta de mero intermediário (produtora de eventos), que detém a exclusividade limitada a determinados dias ou eventos, pois, se a exclusividade é condicionada e temporária, em regra não haverá impossibilidade de competição.

10. No caso concreto, constata-se que as autorizações emitidas pelas bandas musicais que atuaram no Paraíso Folia 2010, concedidas à empresa contratada pela Prefeitura para organização das apresentações artísticas e expostas pela defesa nesta etapa processual, foram elaboradas para as datas específicas às do evento objeto do Convênio (24/04/2010), circunstância que não se amolda ao dispositivo legal e constitui fundados indícios da prática das condutas ímprobas, conforme levantado pela equipe de auditoria (...).

11. A respeito da matéria, é oportuno registrar que a jurisprudência deste Tribunal é uníssona em exigir a apresentação do contrato de exclusividade entre os artistas e o empresário contratado para caracterizar a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista na Lei de Licitações, de modo que simples autorizações ou cartas de exclusividade não se prestam a comprovar a inviabilidade da competição, pois não retratam uma representação privativa para qualquer evento em que o profissional for convocado.

6.12. Com amparo no art. 25, inciso III, da Lei da Lei 8.666/1993, esta Corte entende que somente o contrato de exclusividade dá suporte para a contratação de artistas por inexigibilidade de licitação.

6.13. O Plenário, por meio do Acórdão 96/2008 da relatoria do Exmo. Ministro Benjamin Zymler, firmou tese sobre o assunto e fazendo determinações ao Ministério do Turismo, *verbis*:

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; (destaques inseridos).

6.14. Recentemente, o Plenário desta Corte, por meio do Acórdão 1.435/2017 da relatoria do Ministro Vital do Rêgo, respondeu ao Ministério do Turismo em sede de consulta 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.

(...)

6.15. Portanto, depreende-se que tanto o Acórdão 96/2008-TCU-Plenário quanto o Acórdão 1435/2017-TCU-Plenário assentaram o entendimento que o contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado deve ser registrado em cartório. A diferença entre eles é que o Plenário, no primeiro *decisum*, somente considerou legal o contrato de exclusividade, enquanto a segunda decisão, de forma explícita, relacionou que “**autorização/atesto/carta de exclusividade** que confere exclusividade ao empresário do artista somente para o(s) dia(s) correspondente(s) à apresentação deste, conforme constatado no julgado do TCE-PE, 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;”. Tal entendimento foi reforçado mais recentemente, por meio do Acórdão 2.730/2017-TCU-Plenário, relator Min. Walton Alencar Rodrigues.

6.16. Desse modo, deita-se por terra igualmente os argumentos alegadamente proferidos na sentença prolatada pelo TCE-PE, no âmbito do processo nº 1202618-9, uma vez que naquele processo “conclui-se que as cartas de exclusividade não foram apoiadas por outras formas de prova admitidas no

direito nem elas mesmas atenderam ao requisito para preservar o caráter probante, restando desprovida de prova a alegada exclusividade dos empresários contratados pela Prefeitura” (peça 47, pp. 14-18).

6.17. Importante lembrar que o recorrente teve as contas julgadas irregulares não só pela improcedência de inexigibilidade para a contratação da empresa ABB L Promoções de Espetáculos Ltda., mas também por não ter comprovado a apresentação das bandas e o respectivo pagamento destas pela empresa ABB L Promoções de Espetáculos Ltda., de acordo com os termos do plano de trabalho firmado com o MTur, impedindo a configuração do nexo de causalidade das despesas.

6.18. Quanto a execução financeira, constam nos autos notas de empenho, cópia de cheques, praticamente inegáveis, e nota fiscal (Peça 7, p. 90-97) que comprovam o pagamento à empresa ABB L Promoções de Espetáculos Ltda. A nota fiscal no 055 não traz na discriminação dos serviços o nome das bandas a quem, supostamente, teriam sido pagos os cachês previstos no Plano de Trabalho aprovado, impossibilitando assim comprovar o nexo de causalidade, ou seja, que os pagamentos tenham sido recebidos pelas próprias bandas (peça 7, p. 91).

6.19. Desta forma, não cabe a flexibilização do acórdão recorrido, uma vez que o débito imputado ao recorrente foi motivado também pela não comprovação da apresentação das bandas previstas no plano de trabalho e pela impossibilidade de comprovar o nexo causal entre os recursos conveniados recebidos e as despesas constantes nos autos, descumprindo-se o art. 63 da Lei 4320/1964, o art. 93, do Decreto Lei 200/1967, e o art. 50, §3º, da Portaria Interministerial 127/2008.

7. Do enriquecimento ilícito e declaração de nulidade do contrato

a) Razões recursais:

7.1. O recorrente alega que não cabe o ressarcimento à administração pública de qualquer valor, uma vez que implicaria o enriquecimento ilícito desta.

7.2. Argumenta que mesmo que tenha havido ilegalidade na execução financeira, se não houver dúvida sobre a execução física do ajuste, não cabe a restituição do valor conveniado por parte do conveniado. Para sustentar a tese, argumenta sobre o artigo 59 da Lei 8.666/93 que prevê a declaração de nulidade do contrato e jurisprudência do STJ – Dever de indenizar da Administração (peça 47, p. 9 e 10).

b) Análise:

7.3. Como se viu nos itens anteriormente analisados, não restou demonstrado o nexo causal entre as receitas conveniadas e as despesas apresentadas, uma vez que não foi comprovado que houve a apresentação e o recebimento dos respectivos cachês das bandas previstas no Plano de Trabalho aprovado. Não cabendo razão ao recorrente em suas alegações de defesa.

7.4. Praticado o ato ilícito, quer culposos quer dolosos, surge o dever de reparar o dano. Independentemente, portanto, do benefício pela prática do ato. Basta que haja a conduta culposa e o nexo de causalidade entre esta e o dano. É ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileira que o dever de indenizar independe da obtenção, por parte do agente, de qualquer benefício financeiro com a prática do ato ilícito.

7.5. É ampla a jurisprudência do TCU no sentido de que para imputar débito ao responsável é necessário somente a existência de dano decorrente da prática de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico ou com infração à norma legal ou, ainda, a omissão no dever de prestar contas. São inúmeras as decisões desta Corte em que os responsáveis são condenados em débito com fulcro nas alíneas a ou c do inciso II do art. 16 da Lei 8.443, de 16/7/1992.

7.6. Em relação a essa questão, vale trazer à colação excerto do relatório que precedeu o Acórdão 2.178/2013-TCU-Segunda Câmara, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

Ao contrário do que sustenta o recorrente, para a imputação em débito, não é necessária a comprovação da má-fé ou desonestidade do agente. Nas hipóteses em que for constatado dano ao erário resultante de omissão no dever de prestar contas, de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, ou desvio de dinheiro público, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade do agente público que praticou o ato irregular (artigo 16, § 2º, alínea "a", da Lei 8.443/1992). Não é necessária, assim, a conduta dolosa, bastando apenas a modalidade culposa.

O Tribunal não condenou o prefeito por ato de improbidade administrativa. Nem poderia, pois não é da competência dos Tribunais e Conselhos de Contas condenarem gestores por atos desta natureza, os quais devem ser apurados em procedimento próprio no âmbito do Poder Judiciário. A improbidade administrativa deve ser apurada em processo movido pelo Ministério Público, a ser julgado pela autoridade judicial.

Frisa-se que a condenação em débito, embora acarrete a obrigação de restituir determinada importância à União, não é sanção, mas sim recomposição do patrimônio público ao status quo anterior. Quando a boa e regular aplicação de recursos não pode ser comprovada, considera-se se causado dano ao patrimônio da União, um prejuízo, tendo-lhe sido lesionado um bem jurídico. Dessa forma, do ato danoso, nasce a obrigação de indenizar, de restaurar o equilíbrio jurídico-econômico quebrado pelo agente.

É assim desnecessária, para o julgamento pela irregularidade das contas ou para a aplicação de multa em processo de fiscalização, a caracterização de ato doloso de improbidade. Basta que o gestor tenha cometido, de forma não justificada, ato ilegítimo ou antieconômico lesivo ao Erário ou deixado de adimplir sua obrigação de prestar contas dos recursos recebidos, e que lhe fosse exigível conduta diversa, para ficar caracterizada sua responsabilidade subjetiva.

7.7. Quanto a alegação de nulidade de contrato, o argumento não se aplica ao caso concreto.

7.8. A situação em apreço – execução de contrato declarado nulo – é assim regulada pela Lei Geral de Licitações, em seus artigos 49 e 59:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

[...]

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

7.9. Esta Corte, expressou entendimento sobre o assunto no Acórdão 1.306/2017-TCU-Plenário, sob relatoria do Ministro José Múcio Monteiro:

28. De acordo com o art. 59 da Lei 8.666/93, a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente e desconstitui os efeitos já produzidos. No parágrafo único diz-se que a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que ele houver executado, contanto que não seja imputável a esse contratado responsabilidade pelo vício nulificante.

29. Fundamentada na interpretação desses dispositivos, a jurisprudência dominante do STJ alinha-se ao entendimento de que a indenização do contratado é regra, porém ela não é devida na hipótese de o particular haver agido de má-fé ou concorrido para a nulidade. Ou seja, verificada a hipótese, todos os pagamentos efetuados devem ser restituídos à Administração Pública.

30. Essa conclusão lastreia-se no pressuposto de que a atuação de boa-fé é requisito para que o sujeito receba a proteção do direito relativa à indenização. Seria inaceitável que o contratado infrator se beneficiasse da própria torpeza para se isentar do dever de ressarcimento integral pelo dano decorrente da ilicitude.

31. Tampouco poderia esse contratado socorrer-se da proibição do enriquecimento sem causa para negar a restituição dos pagamentos à Administração. Esse princípio, fundamentado na equidade e na moralidade, não poderia ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade administrativa.

32. Nesse sentido, podem ser citadas as seguintes decisões: (...)

7.10. No caso concreto, a boa-fé do recorrente fica comprometida pelas conclusões empreendidas anteriormente na análise das alegações de defesa e nas presentes análises do recurso interposto.

7.13. Portanto, tanto a alegação de nulidade de contrato como a jurisprudência do STJ citada, não se aplicam ao caso concreto. No tocante à levantada contrariedade ao art. 59 da Lei 8.666/93, a impossibilidade de comprovar a boa-fé do recorrente harmoniza-se com a orientação pacífica do STJ de que não há o dever de indenizar por parte da Administração nos casos de ocorrência de má-fé.

7.14. Desse modo, as alegações trazidas aos autos não conduzem ao enriquecimento ilícito do Estado, uma vez que não foi possível comprovar que os recursos federais teriam sido aplicados corretamente, conforme previsto pelo Convênio no 796/2008.

CONCLUSÃO

8. Da análise antecedente decorrem as seguintes conclusões:

- a) o pedido de aproveitamento de sentença absolutória em Ação de Improbidade Administrativa em razão de força maior não merece ser atendido, uma vez que a enchente na região da Mata Sul de Pernambuco alegada pelo recorrente ocorreu dois anos após o envio da prestação de contas, assim como a independência das instâncias não prevê condicionamento desta Corte à sentença proferida pelo juízo cível;
- b) não restou comprovada, de forma inequívoca, que as bandas que deveriam ter sido contratadas fizeram shows no Projeto “Festa do São João da Paz de Cortês-PE”, bem como que receberam os correspondentes cachês previstos no Plano de Trabalho aprovado para o Convênio em análise;
- c) o nexo causal entre os recursos conveniados recebidos e as despesas constantes nos autos restou prejudicado pela impossibilidade de comprovação dos pagamentos às bandas previstas no Plano de Trabalho do Convênio nº 796/2008, bem como pela ausência dos contratos de exclusividade nos moldes do Acórdão TCU 96/2008; e
- d) a condenação em débito foi motivada pela não comprovação de que os recursos federais teriam sido aplicados corretamente, conforme previsto pelo Convênio nº 796/2008, não sendo acolhida a alegação de enriquecimento ilícito do Estado. Da mesma forma, não



se reconhece a nulidade do contrato, uma vez que não se constatou a boa-fé do recorrente, seja pelo contrato com vício ou pelo não envio das supostas fotografias no primeiro relatório de prestação de contas.

8.1. Com base nessas conclusões, propõe-se o não provimento deste recurso.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto pelo ex-prefeito Ernane soares Borba contra o Acórdão 3772/2017-TCU-2ª Câmara (peça 36), propondo-se com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

b) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida à Procuradoria da República no Estado de Pernambuco, às partes e aos órgãos/entidades interessados.

Secretaria de Recursos/4ª Diretoria, em 26 de janeiro de 2018.

Patrícia Jussara Sari Mendes de Melo

AUFC – matrícula 6469-6