

VOTO

Examina-se recurso de reconsideração interposto por Ernane Soares Borba, ex-prefeito do município de Cortês/PE (gestão 2005 a 2008), contra o Acórdão 3.772/2017-TCU-2ª Câmara que, em sede de tomada de contas especial, julgou irregulares suas contas, condenou-o em débito, solidariamente com outro responsável, e aplicou-lhe multa de R\$ 50.000,00 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”, com recursos federais repassados da ordem de R\$ 150.000,00, sendo que os responsáveis foram condenados por apresentar fotografias que não comprovavam a realização do evento e dos shows e por não apresentar notas fiscais e recibos emitidos em nome das bandas, tampouco assinadas por seus representantes legais ou pelos seus empresários exclusivos, sendo essa representação ou exclusividade registrada em cartório, não tendo sido, dessa forma, comprovado o nexo causal entre os recursos recebidos e os pagamentos efetuados.

2. Situado na microrregião da Mata Sul Pernambucana, distante cerca de 86 km da capital, o município de Cortês contava, em 2010, com pouco mais de 12 mil habitantes (IBGE).

3. Por ocasião do julgamento de suas contas, devidamente citado o ex-prefeito compareceu aos autos e apresentou suas alegações de defesa, que foram rejeitadas pelo Tribunal, tendo ele sido condenado, com aplicação de multa.

4. Inconformado com a condenação, ingressou com o recurso que ora se aprecia (peça 47).

5. Mediante despacho (peça 51), conheci do recurso na forma proposta pela Secretaria de Recursos, uma vez atendidos os requisitos atinentes à espécie.

6. Quanto aos elementos recursais, acolho o parecer da unidade instrutiva, transcrito no relatório que precede este voto, e ao qual anuiu o MP/TCU, incorporando-o às minhas razões de decidir.

7. Como bem assevera a Serur, não merecem ser acolhidos os argumentos esgrimidos pelo recorrente.

8. Tal como fizera por ocasião da apresentação de suas alegações de defesa, o ora recorrente volta a apresentar perante esta Corte o argumento da impossibilidade de apresentação de material de foto e filmagem dos eventos devido a motivo de força maior, consubstanciado em enchente que teria inundado o município e estragado o referido material. Invoca, para tanto, que seja observado pelo Tribunal o contido em sentença de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa proferida pela Justiça Federal de Pernambuco.

9. Referido argumento já fora refutado pelo Relator *a quo* em razão do princípio da independência das instâncias, tendo aduzido o esclarecimento de que apenas sentença absolutória no juízo criminal fundamentada na inexistência do fato ou negativa de autoria impediria a responsabilização civil e administrativa do ex-prefeito, o que não se verifica no caso concreto.

10. Agora em sede recursal o ex-prefeito reconhece que se impõe ao caso o princípio da independência das instâncias, mas alega que o Tribunal “*não pode fechar os olhos à decisão do Poder Judiciário*”, e que “*não nos parece razoável exigir que o ora recorrente, mesmo estando provado que por evento fortuito e força maior ficou impedido, apresente fotos e vídeos que comprovam a realização do evento*”.

11. A Serur consignou em sua instrução que o convênio teve vigência de 23/6/2008 a 24/10/2008, com mais trinta dias para a apresentação da prestação de contas, sendo que a enchente na região da Mata Sul de Pernambuco ocorreu em junho de 2010, ou seja, quase dois anos depois de realizado o evento e encerrado o prazo para apresentação dos vídeos e das fotos. Incabível, absolutamente, qualquer argumento fundado nessa linha de defesa.

12. Outro ponto suscitado pelo ora recorrente é o mesmo apresentado em sede de alegações de defesa, de que “*não se pode exigir que a comprovação da execução física do objeto conveniado se dê através de fotos e vídeos, visto que, à época, inexistia qualquer ato que exigisse tal meio de prova*”.

13. Invoca, em reforço, o argumento de que, na deliberação atacada, a Segunda Câmara teria reconhecido a ocorrência da execução física do convênio, afastando a irregularidade com relação a esse ponto.

14. Também em relação a esse argumento não há como se pretender obter provimento ao recurso. Em sua instrução, a Serur recupera excerto do voto condutor da deliberação condenatória que esboça o argumento do ora recorrente, ao tempo em que esclarece que o trecho citado na peça recursal é não a manifestação da Segunda Câmara, mas sim excerto da instrução da unidade técnica, não acolhida pelo Relator nos exatos termos como a peça recursal sugere ter ocorrido:

“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 referido nexos causal, ficando configurada, assim, a presunção legal de integral dano ao erário.”

15. Assim, tal como ocorrido por ocasião da apresentação das alegações de defesa, o argumento, ora reprisado em sede recursal, não merece prosperar, razão pela qual concluiu a Serur, e estou de acordo com as conclusões, que mesmo não havendo, no convênio em tela, a exigência de apresentação de fotos e vídeos para a prestação de contas, mostra-se razoável, a exemplo de jurisprudência colacionada aos autos, 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.

16. Por essas razões, entendo que devam ser rejeitados também os argumentos recursais em relação a este ponto, em razão de que não restou devidamente comprovada a participação das bandas no Projeto “Festa do São João da Paz de Cortês-PE”.

17. Por último, um terceiro argumento suscitado pelo recorrente sustenta que não teria havido qualquer irregularidade na execução financeira, eis que não estaria presente a apontada irregularidade na contratação, por inexigibilidade de licitação, da empresa ABBL Promoções de Espetáculos Ltda.

18. Relembrando a questão, o ora recorrente foi condenado porque, a despeito de constar do plano de trabalho a definição das bandas que deveriam ser contratadas, 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.

19. Tal contratação teve o objetivo de intermediar a contratação dos correspondentes artistas, mas foram apresentadas as cartas de exclusividade somente para o dia e local do evento, não tendo restado comprovado que a empresa era efetivamente a representante legal das bandas.

20. 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, conforme assentado no voto condutor do Acórdão 351/2015-TCU-2ª Câmara, Relator o Min. Substituto Marcos Bemquerer Costa.

21. Esse julgado assenta-se na linha jurisprudencial do que fora antes determinado pelo Tribunal, por ocasião da prolação do Acórdão 96/2008 – Plenário, no sentido de que *“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, devendo 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”*.

22. Agora em sede recursal pede o ex-prefeito que o Tribunal flexibilize tal exigência, admitindo-se a comprovação da exclusividade por *“qualquer meio”*, conforme os precedentes que colaciona, excertos de deliberações do TJ/PE e do TCE/PE.

23. Ao fim da argumentação, reconhece o recorrente que *“em que pese não ter sido acostado ao processo carta de exclusividade nos moldes desejados por esse Tribunal, a exclusividade e, por conseguinte, a impossibilidade de competição pode ser suficientemente comprovada através de outros documentos, como os acostados ao processo”*.

24. Não merece prosperar o argumento. A apresentação dos contratos de exclusividade entre os artistas e os empresários contratados estava expressamente prevista na Cláusula Terceira (item II, alínea “cc”) do termo de convênio, sob pena de glosa dos valores pactuados. Assim, a sua não apresentação não somente deixou de observar a jurisprudência deste Tribunal como descumpriu a legislação aplicável e infringiu a própria norma regulamentadora do ajuste. Não há flexibilização que socorra tal distanciamento do curso regular da execução dos convênios.

25. Ademais, para além da irregularidade na questão da contratação da empresa ABBL por inexigibilidade de licitação, muito bem posta pela Serur em sua instrução, o ora recorrente teve suas contas julgadas irregulares também por irregularidades na execução financeira do convênio. Constam nos autos notas de empenho, cópia de cheques, praticamente inelegíveis, e nota fiscal que comprova o pagamento à empresa ABBL Promoções de Espetáculos Ltda., mas a nota fiscal 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 bandas.

26. Um último ponto enfrentado pela Serur rebate a alegação de que *“ainda que se admita o argumento desse Tribunal quanto à irregularidade na execução financeira do objeto conveniado, não pode o recorrente ser imputado a ressarcir qualquer valor, visto que implicaria enriquecimento ilícito da entidade”*.

27. Sob esse aspecto, restou inconteste nos autos a inexistência denexo causal entre as despesas efetuadas e os recursos provenientes do convênio, não tendo sido comprovada a apresentação das bandas e o recebimento dos cachês com os recursos do convênio em tela.

28. Nessa linha, esclarece a Serur: *“Praticado o ato ilícito, quer culposo quer doloso, 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.”*

29. A condenação em débito, em que pese ter como consequência a obrigação de restituir os valores recebidos dos cofres públicos, não se traduz em sanção, como é de amplo conhecimento na doutrina e na jurisprudência. Trata-se de recomposição do patrimônio público que fora dilapidado pela ação ou omissão do agente. Nos casos em que a boa e regular aplicação de recursos não pode ser comprovada, como é o caso tratado nos presentes autos, considera-se que a ação ou omissão deu causa à ocorrência de dano ao patrimônio público, do que decorre a obrigação, do agente causador, de indenizar, não havendo que se falar em enriquecimento ilícito do repassador dos recursos no caso de ser reembolsado dos valores malversados.

30. Enfim, por todas essas razões, por não haver, nas razões recursais, argumentos ou elementos capazes de infirmar as acusações que pesam sobre o ora recorrente, de que não restou comprovado, 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, bem assim que não restou estabelecido o devido nexo causal entre os recursos conveniados recebidos e as despesas constantes nos autos, deixando o ora recorrente de apresentar qualquer elemento comprobatório das afirmações que expõe em sua peça recursal, estando os argumentos desacompanhados de quaisquer elementos comprobatórios, possuindo, assim, baixa ou nenhuma força probatória capaz de atestar a correta utilização dos recursos do convênio, não há razões para que o recurso interposto mereça provimento.

31. Assim, esgotados os argumentos recursais, evidenciada a ausência de quaisquer outros elementos capazes de alterar o juízo anteriormente formulado, acompanho os pareceres e voto por que seja negado provimento ao recurso.

Ante o exposto, voto no sentido de que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que submeto à deliberação do Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 27 de março de 2018.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator