

TC - 008.636/2015-0

Natureza: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade Jurisdicionada: Município de Cortês/PB

Recorrente: Ernane Soares Borba (004.556.364-00)

Advogados: Luís Gallindo (OAB/PE 20.189), Juliana Souza (OAB/PE 37.010) e Luísa Leite (OAB/PE 34.366); procuração à peça 80

Sumário: Tomada de contas especial. Ministério do Turismo. Convênio. Execução física do ajuste não comprovada. Contratação de artistas sem licitação. Recurso não logra comprovar a efetiva realização dos shows. A contratação sem licitação não enseja débito. Aplicação temporal do Acórdão 96/2008, do Plenário. Não Provento.

INTRODUÇÃO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Ernane Soares Borba (peça 79), pelo qual contesta o Acórdão 429/2018-TCU-2.^a Câmara (Rel. Min. Subs. André Luís de Carvalho), prolatado na Sessão Ordinária realizada em 6/2/2018 (peça 74) retificado por inexistência material pelo Acórdão 2.500/2018-TCU-2.^a Câmara (peça 83).

2. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. considerar revéis os Srs. Bruno Leandro da Silva, Adjailson Benedito de Barros e Carlos Marques Ferreira Júnior, como sócios, de direito e de fato, da ABB L. Produções de Espetáculos Ltda., nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

9.2. julgar irregulares as contas dos responsáveis abaixo indicados, com fundamento nos arts. 1º inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, e 19, caput, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-los solidariamente ao pagamento do débito ali discriminado, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, calculados desde as datas indicadas até a data da efetiva quitação, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do RITCU), o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, na forma da legislação em vigor:

9.2.1. Ernane Soares Borba, Bruno Leandro da Silva, Adjailson Benedito de Barros, Carlos Marques Ferreira Júnior e ABB L. Produções de Espetáculos Ltda., sob o valor original R\$ 93.500,00, em 8/7/2008;

9.2.2. Ernane Soares Borba, sob o valor original de R\$ 6.500,00, em 10/7/2008;

9.3. aplicar, individualmente, em desfavor de Ernane Soares Borba, de Bruno Leandro da Silva, de Adjailson Benedito de Barros, de Carlos Marques Ferreira Júnior e da ABB L. Produções de Espetáculos Ltda., a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, sob o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do RITCU), o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 217 do RITCU, 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 aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, 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. enviar a cópia deste Acórdão, acompanhado 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, para o ajuizamento das ações penais e civis cabíveis.

HISTÓRICO

3. O presente processo cuidou originalmente de Tomada de Contas Especial - TCE instaurada pelo Ministério do Turismo em desfavor de Ernane Soares Borba, ex-prefeito (gestão 2005-2008) de Cortês/PE, em razão de irregularidades na execução do Convênio 180/2008 (Siafi 625908).

4. O ajuste teve por objeto a realização da “Festa do Trabalhador de Cortês”, em 24/5/2008 (peça 1, p. 51-75). A vigência compreendeu o período entre 21/5 a 1/8/2008 (peça 1, p. 63-67), com valor total de R\$ 110.000,00, sendo R\$ 100.000,00 a cargo do MTur. O plano de trabalho consistiu apenas na contratação de três bandas para se apresentarem no evento apoiado (peça 1, p. 17).

5. As Notas Técnicas 135/2010 (peça 1, p. 85-93), 215/2012 (peça 1, p. 103-9) e 38/2014 (peça 1, p. 119-29) reprovaram as contas (peça 8, p. 4-55), em vista da contratação por inexigibilidade da empresa ABB L. Produções e Espetáculos Ltda. como representante das bandas e da ausência de comprovação da realização dos shows. O Relatório de TCE 498/2014 (peça 1, p. 149-155) conclui nesse mesmo sentido, atribuindo a responsabilidade pelo dano apurado ao ex-prefeito.

6. No âmbito do TCU foram realizadas as citações do Sr. Ernane Soares Borba, da supracitada empresa contratada, e inclusive de seus sócios de fato e de direito, após a desconsideração de sua personalidade jurídica pelo Acórdão 13.169/2016-TCU-2.ª Câmara (peça 36). Analisadas as alegações do ex-prefeito (peça 20) pela Secex/SP (peças 29-31 e 70-72) e emitido parecer pelo MP/TCU (peça 73), foi proferido o Acórdão 429/2018-TCU-2.ª Câmara com os ajustes propostos pelo relator (peças 75-76), posteriormente corrigido por inexatidão material pelo Acórdão 2.500/2018-TCU-2.ª Câmara (peça 83).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

7. Em exame preliminar de admissibilidade esta secretaria propôs conhecer o recurso de reconsideração de Ernane Soares Borba (peças 85-86), suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.2.1, 9.2.2, 9.3 e 9.5 do Acórdão 429/2018-TCU-2.ª Câmara, o que foi ratificado por Despacho do Ministro Aroldo Cedraz (peça 92).

EXAME DE MÉRITO

8. Delimitação dos recursos

8.1. Constitui objeto do recurso de Ernane Soares Borba definir se:

- a) houve a prescrição da punibilidade administrativa;
- b) a execução física do convênio 180/2008 foi comprovada; e
- c) o recorrente se conduziu com dolo ou culpa, ensejando a restituição de recursos.

9. Prescrição

9.1. O recorrente afirma que prescreveu a punibilidade pelo Estado, pois os atos que ensejaram a irregularidade das contas ocorreram em 2009, enquanto as contas especiais foram instauradas somente em 2015, em violação à Lei 9.873, de 1999.

Análise

9.2. A par o argumento recursal em questão se referir à sanção de multa, anote-se que a jurisprudência uníssona do TCU considera o débito imprescritível, em interpretação do artigo 37, §5º da Constituição Federal, amparada na posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, a exemplo dos Mandados de Segurança 26.210/DF e 27.309/DF, vide o recente Acórdão 12.880/2018-TCU-1.ª Câmara.

9.3. Sobre o ponto, o paradigmático Acórdão 2709/2008-TCU-Plenário firmou o entendimento no âmbito do tribunal pela imprescritibilidade dos débitos imputados a responsáveis nos processos da corte de contas. E a Súmula-TCU 282 veio reforçar essa posição, dispondo: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”.

9.4. Por sua vez, em relação às multas, anota-se que o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário apreciou incidente de uniformização de jurisprudência, fixando entendimento acerca dos prazos prescricionais aplicáveis a pretensão punitiva do tribunal.

9.5. Assim, decidiu o Plenário do TCU pela aplicação do prazo prescricional geral de dez anos previsto no artigo 205 do Código Civil, incidindo a regra de seu artigo 2.028 para as irregularidades ocorridas antes da entrada em vigor do atual código.

9.6. O Convênio 180/2008 vigeu de 21/5 a 1/8/2008, com mais sessenta dias para apresentação das contas, conforme cláusulas sexta e décima do ajuste (peça 1, p. 63 e 67). Assim, razoável considerar o prazo final para a prestação de contas, em 30/09/2008, como o marco inicial da contagem do prazo prescricional, a menos que as contas houvessem sido entregues antecipadamente, conforme a mais recente jurisprudência do TCU sobre o tema (v.g. Acórdãos 3.749/2018, da 2.ª Câmara e 5120/2017, da 1.ª Câmara). Isso porque, é neste momento que, ao menos em tese, a Administração poderia ter ciência da real situação do ajuste e do efetivo emprego dos recursos que transferiu.

9.7. Portanto, vez que a entrada em vigor do atual Código Civil em 11/01/2003 foi anterior à data final para a apresentação das contas, não há que falar na aplicação da regra do artigo 2.028 da norma, devendo ser considerado o prazo geral de dez anos do artigo 205 do Código, a contar da data de ocorrência do fato, ou seja, 30/09/2008.

9.8. Nesse passo, o ato que ordenou a citação do Sr. Ernane Soares Borba, qual seja; o despacho à peça 10 dos autos - medida esta que interrompe o prazo prescricional - data de 20/05/2016, ou seja, menos de dez anos desde 30/09/2008, o que não impede a aplicação de multa pelo TCU segundo o entendimento fixado sobre a matéria pelo citado Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, como visto.

9.9. Por fim, oportuno comentar que a incidência do prazo prescricional de cinco anos previsto na Lei 9.873/1999 - e em outras normas -, principal argumento do recorrente, foi amplamente debatido quando prolatado o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, conforme se percebe dos votos então proferidos. Na oportunidade, saiu vencedora a tese da aplicabilidade dos ditames do Código Civil acerca do tema da prescrição, contrariando inclusive a posição do ministro relator.

10. Da execução física do convênio

10.1. O recorrente argumenta que a ausência de fotografias e/ou filmagens que comprovariam a realização dos shows constitui falha formal. Acresce que inexistia alguma norma que exigisse a comprovação por esses meios, o que somente a Portaria/MTur 112, de 9/3/2012, passou a fazer. E defende que criar tal exigência no presente caso fere o princípio da legalidade, além de diretamente o artigo 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, e o artigo 6.º, do Decreto-Lei 4.567, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

10.2. Informa também que fortes chuvas destruíram o material comprobatório da realização dos shows, o mesmo ocorrendo em relação ao Convênio 726/2008 celebrado com o MTur, conforme reconhecido pelo Tribunal Regional Federal da 5.^a Região ao apreciar a Ação Civil Pública objeto do processo 0000329-38.2014.4.05.8312, após depoimentos de testemunhas os quais transcreve no recurso.

Análise

10.3. O débito atribuído ao recorrente teve por pressupostos a contratação de empresa sem licitação para intermediar os shows previstos no Convênio 180/2008, além da ausência de comprovação de sua realização, por fotos, filmes, ou outros meios de prova.

10.4. A cláusula décima, parágrafo primeiro, alíneas “m”, “q” e “r” do convênio, abaixo transcritas, alude a fotografias e vídeos, conforme mencionado no ofício citatório encaminhado ao ex-prefeito (peça 13):

“m) comprovação, por meio de fotografia jornal, vídeo etc., da fixação da logomarca do Ministério do Turismo no material promocional, na forma estabelecida pela Instrução Normativa 31, de 10 de setembro de 2003, da Secretaria de Comunicação do Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República;

(...)

q) cópia do comprovante de veiculação e fotografia com o endereço do anúncio em outdoor, frontlight ou luminoso, se for o caso;

r) comprovação por meio de fotografia nos casos em que houver banners, faixas, troféus e medalhas, de cada peça afixada ou entregue;

10.5. Todavia, note-se que a alínea “m” se refere à comprovação da fixação da logomarca do MTur em material promocional, na forma estabelecida pela Instrução Normativa 31/2003. A alínea “q” diz respeito a comprovantes de veiculação e fotografia do anúncio em outdoor, frontlight ou luminoso, se for o caso. E a alínea “r” alude a banners, faixas, troféus e medalhas, nos casos em que houver. Assim, nenhum desses itens guarda relação direta com o plano de trabalho do Convênio 180/2008, que diz respeito unicamente aos três artistas que seriam contratados (peça 1, p. 15-17).

10.6. Portanto, a nosso ver não procede a afirmação contida no voto condutor do Acórdão 429/2018-TCU-2.^a Câmara de 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 (...)” (peça 75, p. 3, itens 23 e 24).

10.7. A propósito, outros pontos aventados no voto também não poderiam afetar diretamente o mérito das contas, a exemplo da não comprovação do recebimento do cachê pelos artistas (item 16), pois a exigência sequer foi objeto da citação do ora recorrente, além da aprovação do plano de trabalho em data próxima à do evento e da publicação do extrato do convênio e do repasse de recursos posteriormente aos shows, procedimentos estes de responsabilidade do MTur (itens 20 e 21).

10.8. Ocorre que o Sr. Ernane Soares Borba não logrou comprovar a execução do ajuste mesmo que por outros meios além de fotografias e filmagens, como observado em instrução da Secex/SP (peça 29, p. 5, itens 20.2.2.4 a 20.2.2.7). Portanto, além das fotos constantes dos autos serem de muito baixa qualidade, inviabilizando qualquer conclusão a seu respeito (peça 8, p. 147-149), não há outros elementos aptos a comprovar minimamente a realização dos shows, além de duas declarações, sendo uma do próprio recorrente (peça 8, p. 74-75). Por exemplo, não há matérias jornalísticas, declarações de populares, ou, do estabelecimento de eventual hospedagem dos artistas, entre outros possíveis. Para reforçar esse quadro, não houve nota fiscal emitida pela empresa contratada como representante dos artistas.

10.9. Em caso semelhante o Acórdão 163/2015-TCU-2.^a Câmara concluiu que não havia expressa previsão legal ou regimental para que o MTur exigisse a apresentação de fotos/filmagens ao

conveniente no caso então analisado. Todavia, o aresto ressaltou que havia suficiente conjunto probatório da realização do evento e da execução financeira do ajuste, apto a ensejar a aprovação das contas. Nessa linha pode ser também mencionado o Acórdão 6.312/2014-TCU-1.^a Câmara (Rel. Min. Subs. Weder de Oliveira). Por sua vez, o Acórdão 4.174/2017-TCU-2.^a Câmara (Rel. Min. Vital do Rêgo) concluiu (em ‘Jurisprudência Seleccionada’; site TCU):

A ausência de material publicitário (fotografia, jornal, vídeo, etc.), bem como a não fixação da logomarca do Ministério do Turismo no material promocional, conquanto sejam impropriedades, não implicam imputação de débito ao responsável nem, necessariamente, irregularidade de suas contas, se o evento objeto do convênio foi comprovadamente realizado.

10.10. Outro pressuposto do débito apurado teria sido a contratação por inexigibilidade de licitação da empresa ABB L. Produções de Espetáculo Ltda. como representante exclusiva das bandas, ou seja, com inobservância do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário. É o que se depreende do texto do Ofício 1274/2016-TCU/Secex-SP (peça 13), pelo qual o Sr. Ernane Soares Borba foi citado, e das posteriores manifestações da unidade técnica (peças 70 a 72), do MP/TCU (peça 73) e do relator *a quo* (peça 75). Assim, embora o recorrente não tenha se manifestado especificamente a respeito, seguem breves considerações em vista do efeito devolutivo dos recursos e de que, em tese, a multa aplicada também considerou esse ponto, como segue.

10.11. A vigência do Convênio 180/2008 iniciou em 21/5/2008. Por sua vez, o Acórdão 96/2008, do Plenário, foi proferido cerca de quatro meses antes, em 30/1/2008, e em seu item 9.5 determinou ao MTur que fizesse constar em seus manuais de prestação de contas de convênios a cópia do contrato de exclusividade do empresário com o artista, nos seguintes termos:

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;

10.12. Feito esse registro, observa-se que a jurisprudência do tribunal sobre o tema ao longo dos anos oscilou em relação ao momento em relação ao qual caberia exigir a observância do paradigmático Acórdão 96/2008, do Plenário, de certo modo em vista de falhas na regulamentação do tema pelo próprio MTur.

10.13. Por exemplo, a Portaria MTur 153, de 6/10/2009, em seu art. 17, § 2º, determinava tão somente que o conveniente “deverá exigir do contratante dos artistas e/ou bandas e/ou grupos documento comprobatório do efetivo recebimento do cachê por parte dos mesmos, a ser apresentado no ato da prestação de contas”, sem mencionar o contrato de exclusividade.

10.14. Tal fato motivou nova determinação do TCU ao MTur, para que adotasse providências no sentido de adequar a Portaria MTur 153/2009, bem como os regulamentos e manuais internos referentes à análise de projetos e à aprovação de prestações de contas de convênios, para que nos casos de ajustes que contemplem a contratação de artistas fossem observados os requisitos constantes do subitem 9.5.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário:

10.15. Desse modo, o Acórdão 2.163/2011-TCU-2.^a Câmara assim dispôs:

9.3. determinar ao Ministério do Turismo que: (...)

9.3.2. adote as providências necessárias para adequar a Portaria MTur nº 153, de 6/10/2009, bem como os regulamentos e os manuais internos referentes à análise técnica de

projetos e à aprovação de prestações de contas de convênios, para que, nos casos de ajustes que contemplem a contratação de artistas:

9.3.2.1. sejam observados os requisitos constantes do subitem 9.5.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, não devendo ser aceitos contratos de exclusividade restritos às datas e às localidades das apresentações artísticas, ou que não tenham sido registrados em cartório; e

9.3.2.2. sejam especificados, nos Planos de Trabalho, os valores referentes aos cachês artísticos e aos custos de intermediação empresarial, quando houver;

10.16. A referida Portaria MTur 153/2009 foi então revogada pela Portaria MTur 88, de 10/12/2010, que, entretanto, igualmente não fez qualquer menção aos contratos de exclusividade. Somente com a edição da Portaria MTur 112, de 24/5/2013, é que o Ministério do Turismo incorporou em seus normativos a determinação contida no Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, consignando em seu art. 53, § 2º:

Art. 53.....

§ 2º Os artistas e bandas a serem contratados deverão estar previamente cadastrados no Ministério do Turismo, cujo cadastro conterá, no mínimo, as seguintes informações:

I – identificação de seu representante legal, pessoa física ou jurídica, em caráter exclusivo, estabelecida por contrato registrado em cartório;

II – na hipótese do representante legal ser integrante da banda, deverá ser apresentado documento firmado pelos demais membros, registrado em cartório ou na Junta Comercial;

III – cópia do cartão de inscrição no CNPJ/MF, se pessoa jurídica;

IV – cópia do CPF e Cédula de Identidade, no caso de pessoa física;

V – discografia do artista ou banda, relação das premiações recebidas, e participações em eventos de destaque nacional;

VI – inscrição do profissional no Ministério do Trabalho e Emprego; e

VII – comprovação dos últimos cachês recebidos de entidades públicas e privadas.
(grifos acrescidos)

10.17. Posteriormente, esse dispositivo foi reproduzido no artigo 44, § 3º da Portaria MTur 182, de 28/7/2016, que sucedeu a Portaria MTur 112/2013, mas que também não fez menção à não aceitação de contratos de exclusividade restritos a datas ou eventos específicos.

10.18. As interpretações dissonantes do MTur acerca das determinações desta Corte deram azo a que algumas decisões chegassem a determinar a devolução de valores em vista da ausência dos referidos contratos de exclusividade. Por exemplo, o Acórdão 642/2014, da 1.ª Câmara considerou procedente representação do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba acerca da contratação de bandas musicais por inexigibilidade em 2008, ante a não observância do já citado Acórdão 96/2008-Plenário.

10.19. Por sua vez, o Acórdão 7.471/2015, também da 1ª Câmara, aludindo ao Parecer do MP/TCU nos autos, ressaltou que não seria razoável fazer exigências sobre o contrato de exclusividade não pacificadas à época da celebração do ajuste objeto daquele processo:

O Ministério Público junto ao TCU indicou encaminhamento diverso. Ponderou a representante do parquet que existiam evidências da correta aplicação dos recursos destinados ao ente municipal por força do Convênio 1.067/2010, bem como que, no caso em exame, não haveria omissão no dever de prestar contas.

(...)

Ademais, no tocante à contratação da dupla sertaneja Hugo e Thiago por inexigibilidade de licitação, destacou o MPTCU que o entendimento deste Tribunal acerca dos elementos que deveriam constar do contrato de exclusividade foi sedimentado em momento posterior à contratação em exame. (grifos acrescidos)

10.20. Mais recentemente, a jurisprudência do TCU se inclinou para considerar como falha grave a contratação de artistas com esteio em contratos de exclusividade que não observem os ditames do

Acórdão 96/2008-TCU-Plenário (v.g. Acórdãos 4714/2018 (Rel. Min. Subs. Marcos Bemquerer), 2020/2018 (Rel. Min. Aroldo Cedraz) e 8731/2017 (Rel. Min. José Múcio Monteiro), todos da 2.^a Câmara), **ensejando apenas a aplicação da multa de que trata o artigo 58 da Lei 8.443/1992.**

10.21. Assim, segundo essa orientação, a contratação questionada pelo aresto ora recorrido não enseja por si só a imputação de débito, mas, no máximo, a aplicação de multa com fulcro no artigo 58 da Lei Orgânica/TCU. Todavia, considerando que o Convênio 180/2008 em tela iniciou somente quatro meses após a promulgação do Acórdão 96/2008, do Plenário, e em vista da regulamentação falha do MTur sobre a matéria desde aquele momento, entende-se dispensável a medida, por semelhança com os casos acima mencionados.

10.22. Em todo caso, somente seria possível aplicar a sanção em tela com a consequente redução da multa já imposta ao recorrente com fulcro no artigo 57 da Lei 8.443/1992, em observância ao princípio do *non reformatio in pejus*. E de todo modo, mesmo na hipótese de não aplicação da retrocitada multa prevista no artigo 58 da norma, entende-se que caberia, em tese, reduzir a multa aplicada pelo Acórdão 429/2018-TCU-2.^a Câmara. Isso porque, a contratação em comento também teria sido pressuposto do débito imputado, como visto alhures, e o mencionado artigo 57 da Lei 8.443/1992 é cabível apenas com a existência de algum débito, o qual, como visto, não poderia advir da contratação por inexigibilidade, conforme a mais recente jurisprudência majoritária do tribunal. Porém, deixa-se de efetuar proposta neste sentido por não restarem explicitados no voto os critérios específicos para a fixação do *quantum* da multa.

10.23. Por fim, oportuno comentar que o item 14 do voto à peça 75 afirma que havia obrigação convencional de apresentar os contratos de exclusividade entre artistas e empresários exclusivos, sob pena de glosa dos valores pactuados.

10.24. De início, note-se que a alínea “cc” da cláusula terceira, II, do convênio, conforme mencionado no voto, em realidade é a alínea “dd” (peça 1, p. 59). O dispositivo equivocadamente determinou - como era comum nos convênios do MTur -, a publicação no Diário Oficial da União do contrato entre os artistas e seus empresários, pois o correto seria a publicação dos contratos entre os artistas ou seus empresários com a própria Administração. Sobre o ponto traz-se o seguinte excerto do voto que precedeu o Acórdão 4.639/2016-TCU-1.^a Câmara (grifos acrescidos):

16. Acerca da previsão, no instrumento do convênio, da pena de glosa dos valores pactuados no caso da não publicação dos contratos de exclusividade no Diário Oficial da União, verifico que houve um equívoco do Ministério do Turismo ao interpretar a seguinte determinação exarada por meio do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário:

"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;" (grifo acrescido).

17. Trata-se de determinações distintas. A primeira, referente à apresentação dos contratos de exclusividade entre os empresários e os artistas, sem os quais a contratação por inexigibilidade de licitação deve ser considerada irregular, situação na qual não há falar na glosa de valores (subitem 9.5.1.1). Já a segunda se refere ao contrato firmado entre a administração pública e o empresário, o qual deve ser publicado no Diário Oficial da União (DOU), sob pena de glosa dos valores envolvidos (subitem 9.5.1.2), conforme evidencia a redação do art. 26 da Lei 8.666/1993, ao qual faz menção a referida determinação:

"Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos." (grifos acrescidos).

18. É, portanto, o **contrato com o empresário, firmado por inexigibilidade de licitação, que deve ser publicado na imprensa oficial, e é para o descumprimento desse requisito que é prevista a glosa dos valores, a qual nada tem a ver com os contatos de exclusividade com os artistas.**

19. Ocorre que, ao dar cumprimento essas determinações, o Ministério do Turismo, **equivocadamente, incluiu nos termos de convênio cláusula** exigindo que os convenientes publiquem no DOU "eventuais contratos de exclusividade de artistas com empresários a serem contratados no âmbito deste Convênio, no prazo de 5 (cinco) dias, em conformidade com o artigo 26, da Lei 8.666/93, atualizada, **sob pena de glosa** dos valores pactuados no presente Instrumento, quando for o caso;" (Grifos acrescidos).

20. A partir dessa interpretação equivocada, passou-se a atrelar a possibilidade de glosa dos valores repassados (prevista para os casos de falta de publicação da inexigibilidade na imprensa oficial, nos termos do art. 26 da Lei 8.666/1993), à ausência de apresentação dos contratos de exclusividade com os artistas, sem que houvesse previsão legal nesse sentido.

21. Foi por causa dessa confusão que surgiram os precedentes citados pela unidade técnica, nos quais este Tribunal, ao apreciar situações como a ora analisada, determinou a devolução dos recursos, motivado pela previsão expressa dessa pena na cláusula dos convênios. Contudo, na ausência de dano ao erário, não considero razoável essa medida apenas por estar previsto no convênio.

11. **Dolo e Culpa**

11.1. O ex-prefeito afirma que não se conduziu com dolo ou culpa, não havendo prova de dano ao erário, e sua condenação a ressarcir o valor transferido ao município de Cortês-PE caracteriza enriquecimento ilícito da Administração.

Análise

11.2. Quanto à alegada ausência de dolo ou culpa, para a efetiva responsabilização nos processos do TCU devem estar presentes o ato ilícito na gestão dos recursos, a conduta dolosa, ou, culposa e o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. No caso presente, houve a conclusão de que não restou comprovada a regular e satisfatória execução do objeto do Convênio 180/2008.

11.3. Importa frisar que a responsabilidade no âmbito da Corte de Contas independe da comprovação de dolo (v.g Acórdãos 2367/2015 e 185/2016, ambos do Plenário). Nesse sentido o seguinte enunciado extraído da 'Jurisprudência Seleccionada' no portal/TCU:

Acórdão 635/2017-TCU-Plenário (Rel. Min. Aroldo Cedraz)

A responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado. Desse modo, é suficiente a quantificação do dano, a identificação da conduta do responsável que caracterize sua culpa, seja por imprudência, imperícia ou negligência, e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa (*stricto sensu*) e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário.

11.4. Assim, aplica-se a noção de 'culpa presumida'. Sobre o tema, Sergio Cavalieri Filho (in. Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., rev. e ampl., 2007, p. 40), citando o Desembargador Martinho Garcez Neto, orienta que "Estabelecido o nexo causal entre o fato danoso e a infração da

norma regulamentar, nada mais resta a investigar: a culpa - que é *in re ipsa* - está caracterizada, sem que se torne necessário demonstrar que houve imprudência ou imperícia”.

11.5. No entanto, na culpa presumida é perfeitamente possível comprovar que se aplicou os valores confiados com zelo e conforme as exigências legais, enfim, que se seguiu um padrão de comportamento ao menos cuidadoso. Vale dizer, portanto, que na culpa presumida há espaço para o responsável apresentar elementos que afastem tal presunção, o que não é possível na responsabilidade objetiva, pois, neste caso, a culpa daquele que deu causa ao dano é indiferente para efeito de responsabilização.

11.6. Nessa linha, a culpa *lato sensu*, no âmbito dos processos de contas, é elemento essencial à responsabilização do administrador público. E a inversão do ônus da prova não deve ser entendida como hipótese de responsabilidade objetiva. O que existe, nos casos em que verbas públicas são confiadas a pessoas físicas ou jurídicas, é tão somente a presunção de culpa quanto à gestão desses recursos perante o poder público, a qual advém da infração à norma legal, e que pode ser revertida, como visto. Sobre o ponto mostra-se elucidativo o seguinte excerto do voto que orientou o Acórdão 1.895/2014-TCU-2.^a Câmara (Rel. Min. Ana Arraes):

Nos processos relativos ao controle financeiro da Administração Pública, a culpa dos gestores por atos irregulares que causem prejuízo ao erário é legalmente presumida, ainda que não se configure ação ou omissão dolosa, admitida prova em contrário, a cargo do gestor. Na fiscalização dos gastos públicos, privilegia-se, como princípio básico, a inversão do ônus da prova. Cabe ao gestor demonstrar a boa aplicação dos dinheiros e valores públicos sob sua responsabilidade (art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986).

11.7. No caso em exame, o ex-prefeito não logrou comprovar satisfatoriamente a execução física do Convênio 180/2008, firmado com o MTur, e do qual foi signatário, o que infringe o artigo 70, da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

12. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) os débitos em favor do erário público são imprescritíveis, conforme jurisprudência do TCU, em consonância com posição do STF;

b) a punibilidade para a aplicação de multas não prescreveu no presente caso, segundo os parâmetros do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que uniformizou o entendimento do tribunal sobre o tema;

c) o recorrente não logrou comprovar satisfatoriamente a execução física do Convênio 180/2008, o que poderia ser feito não somente pela apresentação de fotografias e vídeos – ainda que não previstas no convênio –, mas, pelo conjunto de outros elementos igualmente aceitáveis;

d) não soa razoável exigir do gestor no presente caso a estrita observância dos ditames estabelecidos pelo Acórdão 96/2008, do Plenário, se considerados o exíguo período de tempo transcorrido desde sua prolação, a regulamentação falha do próprio MTur sobre a matéria e a ausência de previsão convencional sobre o ponto;

e) um dos pressupostos do débito imputado ao ex-prefeito se afigura ter sido a contratação da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. em desacordo com o Acórdão 96/2008, do Plenário, o que enseja tão somente a multa prevista no artigo 58, da Lei 8.443/1992, segundo a atual jurisprudência do tribunal, justificando, em tese, a redução da multa aplicada ao recorrente, que se relaciona ao débito apurado;

f) a par a alínea anterior, deixa-se de propor a redução da multa imposta ao recorrente, vez que não há informações nos autos sobre os critérios utilizados para o seu cálculo; e



g) a responsabilidade nos processos do TCU associa-se à noção de culpa presumida, cabendo ao gestor o ônus de comprovar satisfatoriamente a destinação dos recursos geridos.

DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto por Ernane Soares Borba contra o Acórdão 429/2018-TCU-2.^a Câmara propondo-se, com fundamento nos artigos 32, I e 33, da Lei 8.443/1992, e artigo 285, do RI/TCU:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) dar conhecimento ao recorrente e aos demais interessados da decisão que vier a ser proferida.

TCU/Secretaria de Recursos, em 12/11/2018.

Roberto Orind
Auditor Federal de Controle-Externo, mat. 3833-4.