

TC - 015.114/2016-3

Natureza: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade Jurisdicionada: Município de Doutor Severiano - RN

Recorrentes: Francisco Neri de Oliveira (098.470.814-68) e Francisco Marques de Souza Promoções – ME (01.856.500/0001-92)

Advogado: Emanuel Pessoa Dantas (OAB/RN 6078; procurações às peças 12 e 36)

Sumário: Tomada de contas especial. Ministério do Turismo. Convênio. Apoio a festejos juninos. Despesas sem comprovação. Contratação de empresa representante de artistas sem licitação em desacordo com o Acórdão 96/2008, do Plenário. Pagamento de cachês aos artistas sem comprovante ensejando falta de nexos com as receitas conforme entendimento do Acórdão 1.435/2017, do Plenário. Débito. Multa proporcional ao débito e multa por atos ilegais. Recurso de reconsideração. Prescrição e contas ilíquidáveis. Não ocorrência. Índícios da execução física de parte das despesas impugnadas. Escolha de modalidade licitatória para aquisição de bens comuns. Justificativa. Provimento parcial.

INTRODUÇÃO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto conjuntamente por Francisco Neri de Oliveira e Francisco Marques de Souza Promoções – ME (peça 63), pelo qual contestam o Acórdão 2.649/2017-TCU-Plenário (Rel. Ministro Vital do Rêgo), prolatado na Sessão Ordinária realizada em 29/11/2017 (peça 46).

2. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. julgar irregulares as contas do Sr. Francisco Neri de Oliveira (098.470.814-68), ex-prefeito de Doutor Severiano/RN, e da empresa Francisco Marques de Souza Promoções – ME (01.856.500/0001-92), com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, 19, **caput**, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, do RI/TCU;

9.2. condenar, solidariamente, com fundamento nos arts. 19, **caput**, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 210 e 214, inciso III, do RI/TCU, os responsáveis mencionados no subitem anterior ao pagamento das importâncias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem perante este Tribunal, em respeito ao art. 214, inciso III, alínea “a”, do RI/TCU, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora calculados a partir da data indicada até a data do efetivo recolhimento e com o abatimento do valor já ressarcido, nos termos da legislação vigente:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
145.500,00	30/7/2009 D
4.500,00	29/7/2009 D

(15,50)

15/9/2010 C

9.3. aplicar individualmente ao Sr. Francisco Neri de Oliveira (098.470.814-68), ex-prefeito de Doutor Severiano/RN, e à empresa Francisco Marques de Souza Promoções – ME (01.856.500/0001-92) a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do RI/TCU, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando o prazo de quinze dias, a partir da notificação, para que, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RI/TCU, comprovem perante este Tribunal o recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional do valor atualizado monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se for pago após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. aplicar ao Sr. Francisco Neri de Oliveira (098.470.814-68), ex-prefeito de Doutor Severiano/RN, a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, II, do RI/TCU, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando o prazo de quinze dias, a partir da notificação, para que, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RI/TCU, comprove perante este Tribunal o recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional do valor atualizado monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se for pago após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 219, inciso II, do RI/TCU, caso não atendida a notificação;

9.6. autorizar, desde logo, caso solicitado e o processo não tenha sido remetido para cobrança judicial, o pagamento das dívidas em até 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno/TCU, fixando-se o vencimento da primeira parcela em quinze dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada trinta dias, devendo incidir sobre cada valor mensal os correspondentes acréscimos legais, na forma prevista na legislação em vigor, sem prejuízo de alertar aos responsáveis que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela implicará o vencimento antecipado do saldo devedor;

9.7. encaminhar cópia desta deliberação ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Rio Grande do Norte, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, c/c o § 7º do art. 209 do RI/TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis;

9.8. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) que, ao promover o cumprimento do Acórdão 1.435/2017-TCU-Plenário, nos casos em que forem apresentados contrato de exclusividade, carta de exclusividade ou instrumento de procuração não registrados em cartório, oriente suas unidades técnicas, sempre que possível, a realizarem procedimentos expedidos, a exemplo de consulta a bases de dados disponíveis ao Tribunal ou a sítios da internet, com vistas a obter informações que comprovem a validade da representação legal do artista contratado, antes de concluir pela ausência de comprovação na aplicação dos recursos, ressaltando que tais procedimentos não substituem a obrigação legal do gestor de trazer aos autos todos os elementos de prova aptos a demonstrar a regularidade das despesas efetuadas; e

9.9. recomendar ao Ministério do Turismo que, ao promover o cumprimento do Acórdão 1.435/2017-TCU-Plenário, nos casos em que forem apresentados contrato de exclusividade, carta de exclusividade ou instrumento de procuração não registrados em cartório, oriente os setores responsáveis pelo exame de prestações de contas de convênios a realizarem, na medida do possível, levantamento de informações, a exemplo de pesquisas junto a bases de dados públicas ou privadas, de acesso público, ou mesmo obtidas junto aos signatários do convênio, entre outros meios possíveis, com vistas a comprovar a validade da representação legal do artista contratado, antes de concluir pela ausência de comprovação na aplicação dos recursos.

HISTÓRICO

3. O presente processo cuidou originalmente de Tomada de Contas Especial - TCE instaurada pelo Ministério do Turismo em desfavor de Francisco Neri de Oliveira, ex-prefeito de São João do Rio do Peixe/PB, em razão da ausência de comprovação de despesas do Convênio 407/2009, Siafi 703.630 (peça 1, p. 41-58).

4. O objeto do ajuste foi apoiar o turismo no município conveniente com a implementação do projeto “Realização de Festival Junino”, conforme o Plano de Trabalho (peça 1, p. 12-40). O valor total pactuado foi de R\$ 210.000,00, sendo R\$ 200.000,00 a cargo do MTur. A vigência compreendeu o período entre 10/6 e 6/9/2009, além de mais trinta dias para a prestação de contas final (peça 1, p. 47 e 61).

5. O Parecer Técnico 827/2010 (peça 1, p. 67-74) e as Notas Técnicas 928/2011 (peça 1, p. 86-93), 1573/2011 (peça 1, p. 99-107), 100/2011 (peça 1, p. 111-113), 0190/2011 (peça 1, p. 115-121), 823/2012 (peça 1, p. 124-127), 0483/2012 (peça 1, p. 130-134), 0682/2013 (peça 1, p. 140-144), 551/2014 (peça 1, p. 158-160) e 0720/2014 (peça 1, p. 167-172) analisaram as contas e concluíram por sua irregularidade, conclusão adotada pelo Relatório de TCE 447/2015 (peça 1, p. 187-191).

6. No âmbito do TCU o ex-prefeito foi citado, bem como, a empresa Francisco Marques de Souza Promoções – ME, contratada para cuidar da realização do evento apoiado (peças 28-29). O débito considerado decorreu da ausência de comprovação da realização de despesas referentes a dez seguranças (R\$ 2.500,00) e confecção de um *outdoor* (R\$ 2.000,00), além de comprovantes do pagamento de cachês aos artistas contratados (R\$ 145.500,000).

7. As alegações de defesa (peças 38-39) foram analisadas pela Secex/RN, com os ajustes sugeridos pelo Ministério Público/TCU, sendo finalmente proferido o Acórdão 2.649/2017-TCU-Plenário (peças 41-48).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. Em exame preliminar de admissibilidade esta secretaria propôs conhecer apenas o recurso de Francisco Neri de Oliveira, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 2.649/2017-TCU-Plenário. Ainda, foi proposto considerar inexistente o ato praticado pela recorrente Francisco Marques de Souza Promoções - ME, por ausência de procuração para que o advogado subscritor do recurso pudesse lhe representar, vez que a outorga fora concedida pela pessoa física do empresário proprietário e, não, pela própria empresa recorrente (peças 67-69). O exame preliminar foi ratificado por Despacho do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa (peça 71).

9. Anota-se que as alegações da Francisco Marques de Souza Promoções – ME (peça 39) foram consideradas quando da prolação do aresto recorrido, após instrução da Secex/RN (peça 41, item 14.1) registrar observação a respeito da aceitabilidade da procuração que seu proprietário outorgou, na condição de pessoa física, ao advogado subscritor (peça 37). O mesmo causídico assinou o recurso ora em exame em nome da empresa recorrente, mas, não se manifestou após ser instado a corrigir o outorgante da procuração, ou seja, passando este da pessoa física do empresário para a própria empresa Francisco Marques de Souza Promoções - ME (peça 65).

EXAME DE MÉRITO

10. Delimitação dos recursos

10.1. Constitui objeto do recurso de Francisco Neri de Oliveira definir se:

- a) houve a prescrição da pretensão sancionatória pelo Estado;
- b) as contas podem ser consideradas ilíquidáveis;
- c) as despesas com seguranças e com *outdoor* foram comprovadas;
- d) a aquisição de bens comuns por licitação na modalidade convite foi regular;
- e) a contratação de representante dos artistas por inexigibilidade foi aceitável; e
- f) a ausência de recibos do pagamento de cachês aos artistas enseja o débito.

11. Prescrição para a ação sancionatória (aplicação de multa)

11.1. O recorrente afirma que houve a prescrição da pretensão punitiva, vez que aplicável a Lei 9.873, de 1999, estabelecendo o prazo de cinco anos para qualquer ação nesse sentido. Acresce que os atos inquinados foram praticados em 2009 e as contas especiais autuadas somente em 2016. Alude

ao Acórdão 13.607/2016-TCU-2.^a Câmara (Rel. Min. Raimundo Carreiro), ao artigo 37, §5.º, da Constituição Federal, e ao princípio da segurança jurídica.

Análise

11.2. Inicialmente, ressalta-se que os processos de controle externo não se sujeitam à prescrição intercorrente do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, uma vez que a atividade de controle exercida pelo TCU não se enquadra como exercício do poder de polícia do Estado, nos termos dos Acórdão 5533/2014-TCU-2.^a Câmara, Relator Ministro José Jorge, Acórdão 12475/2016-TCU-2.^a Câmara, Rel. Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, e Acórdão 851/2017-TCU-Plenário, Rel. Ministro Aroldo Cedraz.

11.3. No caso do Acórdão 13.607/2016, da 2.^a Câmara houve o reconhecimento da prescrição para a aplicação de multa, em vista do que restou decidido no Acórdão 444/2016, da 2.^a Câmara, da relatoria do Ministro João Augusto Ribeiro Nardes. Neste último, considerou-se que operou a prescrição decenal de que trata o artigo 205, do Código Civil, conforme excerto do voto condutor do decisum abaixo transcrito:

9. Com efeito, concordo com o órgão ministerial quando aponta que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis. Essa, aliás, a leitura do art. 37, § 5º, da Constituição Federal ratificada por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) proferida no julgamento do Mandado de Segurança 26.210. No âmbito do TCU, tal matéria foi pacificada nos termos do da Súmula nº 282, com o seguinte enunciado: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”.

10. No que tange à prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, como destacado pela Serur, apesar de a matéria ainda não estar pacificada nesta Corte, até que o TCU delibere conclusivamente sobre o tema, tenho adotado a prescrição decenal do Código Civil, tese esposada pela unidade especializada para fundamentar a proposição sucessiva de excluir as multas imputadas aos recorrentes. Nesse mesmo diapasão, endosso o exame que demonstra que a citação do responsável se deu após o transcurso do prazo de dez anos após a ocorrência da irregularidade, tendo-se operado a prescrição da pretensão punitiva.

11.4. À época o tema não estava pacificado no tribunal, o que veio a ocorrer com o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário (Rel. Min. Benjamin Zymler), que apreciou incidente de uniformização de jurisprudência, fixando entendimento acerca dos prazos prescricionais aplicáveis à pretensão punitiva do tribunal.

11.5. Assim, o Plenário do TCU decidiu 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, ou seja, a mesma lógica que embasou o supracitado Acórdão 444/2016-TCU-2.^a Câmara. 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.

11.6. O Convênio 407/2009 vigeu de 16/6 a 6/9/2009, com mais trinta dias para apresentação das contas (peça 1, p. 61 e 65). As contas foram encaminhadas por ofício de 11/9/2009 (peça 1, p. 66), e o carimbo do protocolo não especifica o recebimento, portanto é razoável considerar aquela data como o marco inicial da contagem do prazo prescricional, conforme a mais recente jurisprudência do TCU sobre o tema (v.g. Acórdãos 3.749/2018, da 2.^a Câmara (Rel. Min. Ana Arraes) e 5120/2017, da 1.^a Câmara (Rel. Min. Subs. Weder de Oliveira). Isso porque, é neste momento que a Administração teve ciência da real situação do ajuste e do efetivo emprego dos recursos que transferiu.

11.7. Portanto, vez que a entrada em vigor do atual Código Civil em 11/01/2003 foi anterior à 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, 11/9/2009.

11.8. Nesse passo, o ato que ordenou a segunda e definitiva citação do Sr. Francisco Neri de Oliveira data de 15/10/2016, como se lê no despacho à peça 23 dos autos, interrompendo o prazo prescricional, ou seja, menos de dez anos desde 11/9/2009, 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.

12. Contas Iliquidáveis

12.1. O recorrente afirma que o lapso entre a execução do convênio, em 2009, e sua citação em 2016 inviabilizou o exercício do contraditório, em afronta ao princípio da ampla defesa. Por isso defende a aplicação dos artigos 20 e 21, da Lei 8.443/1992, aludindo aos Acórdãos 86/2009 (Rel. Min. Raimundo Carreiro) e 1.560/2014, ambos da 2ª Câmara (Rel. Min. José Jorge).

Análise

12.2. A Lei Orgânica/TCU assim define as contas iliquidáveis: “Art. 20. As contas serão consideradas iliquidáveis quando caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, tornar materialmente impossível o julgamento de mérito a que se refere o art. 16 desta Lei”.

12.3. No caso presente não houve caso fortuito ou de força maior, tampouco, alheios à vontade do ora recorrente que tornasse materialmente impossível o julgamento de mérito das contas especiais. Nessa linha a jurisprudência do TCU, conforme os seguintes resumos explicativos extraídos da base ‘Jurisprudência Seleccionada’, no site do tribunal:

Acórdãos 3845/2009 e 6667/2016, ambos da 1.ª Câmara

Só há contas iliquidáveis diante de fatos alheios à vontade do gestor. Se ele não cumpre a obrigação de prestar contas na época apropriada ou, quando o faz, não apresenta toda a documentação necessária, não pode alegar demora na instauração da tomada de contas especial para se eximir dos compromissos que assumiu ao assinar o convênio.

Acórdão 729/2014-TCU-Plenário

O mero transcurso do tempo não é razão suficiente para o trancamento das contas. É preciso que, além disso, haja fundadas razões para supor que o direito à defesa tenha ficado prejudicado. O prejuízo à defesa não é presumido, deve ser provado.

12.4. Assim, em relação ao Acórdão 86/2009, da 2ª Câmara, mencionado pelo recorrente, houve o reconhecimento de lapso temporal entre a ocorrência dos fatos e a citação do município de Propriá/SE muito maior do que se verifica nestes autos. Isso porque foram contados 17 (quinze) anos naquele caso, enquanto o Sr. Francisco Neri foi notificado pelo MTur ainda durante seu mandato de prefeito municipal, pelo Ofício 1676, de 29/7/2010 (peça 1, p. 75-83), acerca da contratação de seguranças - um dos pressupostos do débito que veio a ser imputado pelo TCU -, entre outros pontos. E posteriormente foi citado definitivamente pelo TCU em 2016, como visto acima (peça 29). Por sua vez, no Acórdão 1.560/2014, também da 2ª Câmara, o prazo entre a realização das despesas e a citação pelo tribunal foi de 15 (quinze) anos.

13. Despesas com seguranças e outdoor

13.1. O recorrente argumenta que contratar seguranças e a confecção de *outdoor* sem firmar contrato é falha formal, em especial pelo baixo valor das contratações. E alude ao Acórdão 2.414/2011, da 1ª Câmara (Rel. Min. Subs. Marcos Bemquerer).

Análise

13.2. O plano de trabalho aprovado previu R\$ 2.500,00 para a contratação de seguranças e R\$ 4.000,00 para outdoor (peça 1, p. 12 e 13). Os questionamentos do MTur sobre esses dois itens de despesa foram inicialmente consignados no Parecer Técnico 827/2010 (peça 1, p. 67 a 74). Sobre os seguranças solicitou-se fotos e vídeos identificados de modo a “verificar as características desse item”, e quanto aos *outdoors* requisitou-se relatório com endereço dos locais de exposição ou declaração de veiculação e quantidade conforme o plano de trabalho, além de atesto da empresa.

13.3. Após novas requisições ao ex-prefeito, a Nota Técnica 100/2011 (peça 1, p. 111-113) considerou que as fotos por ele encaminhadas mostravam alguns seguranças, mas, a declaração fornecida pela polícia militar sobre a presença desses profissionais não serviria como prova da prestação do serviço, sendo necessária uma listagem com números de CPF e de RG dos mesmos, além do valor da contratação.

13.4. Em resposta, o ex-prefeito encaminhou (peça 1, p. 123) relação nominal dos seguranças, com respectivos CPF e RG, havendo o MTur rejeitado o documento pela Nota Técnica de Reanálise 823/2012, por não ser em papel timbrado e não conter o valor da contratação (peça 1, p. 125). E finalmente, a Nota Técnica de Reanálise 551/2014 consignou que nova relação de nomes não foi acompanhada de declaração da execução dos serviços (peça 1, p. 159), não cabendo acatar o documento.

13.5. Nos autos consta a relação dos seguranças e suas identidades, além de foto onde figuram alguns a frente de um palco (peça 17, p. 83-85). Esses documentos, somados a uma declaração da polícia militar se afiguram indícios da efetiva execução do serviço, havendo que considerar a baixa materialidade da despesa.

13.6. E em relação aos *outdoors*, a Nota Técnica 100/2011 (peça 1, p. 111-113) registrou que apenas um foi comprovado por foto, cabendo então restituir o valor do outro previsto, ou seja, R\$ 2.000,00. Tal situação não sofreu modificação, segundo as notas posteriormente emitidas, vez que o ex-prefeito não trouxe novo documento que comprovasse a confecção do segundo *outdoor*. Por essa razão não cabe desconsiderar esse item de despesa do débito imputado.

13.7. A propósito, o artigo 57 da Lei 8.433/1992 autoriza a aplicação de multa aos responsáveis que tenham as contas julgadas irregulares com débito e até o limite de cem por cento do valor atualizado deste. A multa de R\$ 5.000,00 contida no acórdão combatido representa cerca de 3% do valor original do débito, ou seja, a redução do débito em R\$ 2.500,00 como ora se propõe não justifica propor a conseqüente redução da multa aplicada com fundamento no artigo 57 da Lei Orgânica/TCU, considerado tão somente seu valor nominal.

14. Da aquisição de bens e serviços comuns

14.1. O recorrente argumenta que a contratação de bens e serviços comuns por carta convite observou a Lei 8.666, de 1993, e o valor contratado está conforme o limite estabelecido pela norma, sendo adquirido pelo menor valor ofertado, sem qualquer dano ao erário.

14.2. Afirma que não houve tempo hábil para a realização do procedimento pregão e alude aos Acórdãos 4.463/2015, da 1.^a Câmara (Rel. Min. Benjamin Zymler) e 2.292/2013, da 2.^a Câmara (Rel. Min. Subs. André Luís de Carvalho).

14.3. Defende que a escolha da modalidade licitatória decorreu de atos praticados por subordinados hierárquicos, que entenderam ser a melhor opção para a Administração, e por isso a multa não seria razoável e proporcional. Menciona arestos contendo apenas determinações para evitar essa espécie de situação em licitações futuras, como o Acórdão 604/2009, do Plenário (Rel. Min. Subs. André Luís de Carvalho).

Análise

14.4. O questionamento em tela foi objeto da Nota Técnica de Reanálise Financeira 0720/2014 (peça 1, p. 167-171). De fato, a cláusula terceira, inciso II, alínea “h” do termo do convênio previa o emprego da modalidade pregão, preferencialmente na modalidade eletrônica, e seu parágrafo único estabeleceu a necessidade de justificar a inviabilidade de utilizar o pregão na forma eletrônica, além de adotar, neste caso, o pregão presencial (peça 1, p. 42-46).

14.5. O Convênio 407/2009 foi assinado em 10/6/2009 e o evento “Festival Junino” foi realizado de 23 a 25/6/2009. O artigo 4.º, V, da Lei 10.520, de 2002, prevê um prazo de oito dias úteis para a apresentação de propostas pelos interessados, a contar da publicação do aviso de licitação, ou seja, o argumento do recorrente mostra-se razoável não obstante a possível redução da competição com a utilização da modalidade licitatória convite.

14.6. A situação ensejou a aplicação de multa com fulcro no artigo 58, II, da Lei Orgânica/TCU, conforme os itens 28 a 32 do voto condutor do aresto recorrido (peça 47). Por sinal, a multa também diz respeito à contratação de empresa representante de artistas por inexigibilidade de licitação, como se conclui da parte final do item 27 do voto do relator *a quo* (peça 47, item 27).

14.7. A Portaria-TCU 46, de 11/1/2017, fixou em R\$ 58.269,07 o valor máximo das multas aplicadas com fulcro no artigo 58 da Lei Orgânica/TCU no exercício de 2017, quando proferido o aresto recorrido. E o Regimento Interno do tribunal estabelece em seu art. 268, I, que as multas aplicadas com fundamento no inciso II daquele artigo 58 da Lei n. 8.443/92 podem variar entre cinco e cem por cento do valor máximo das multas anualmente fixadas pelo tribunal. Assim, o valor de R\$ 5.000,00 da multa imposta ao recorrente corresponde a cerca de oito por cento daqueles R\$ 58.269,07, ou seja, se considerado objetivamente aproxima-se do mínimo legal.

14.8. Ante tais circunstâncias deixa-se de propor a redução da multa aplicada ao recorrente, cabendo esclarecer que de todo modo, pela processualística adotada no tribunal, cabe tão somente ao colegiado julgador fixar o valor das multas no âmbito do TCU (v.g. Acórdãos 6.585/2009 e 9.402/2015, ambos da 2.ª Câmara).

15. Contratação por inexigibilidade

15.1. O recorrente afirma que a contratação de empresa representante de artistas por inexigibilidade de licitação não é ilegal, inclusive o artista pode mudar seu representante e mesmo deixar de ser representado. Defende que a representação em datas específicas não afasta a exclusividade da empresa, e menciona o Acórdão 349/2012, proferido pela 2.ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, que aceitou procedimento dessa natureza.

Análise

15.2. A contratação da empresa Marcos Promoções Artísticas como representante dos artistas que se apresentariam em Doutor Severiano/RN ocorreu com fulcro no artigo 25, III, da Lei 8.666/1993, entretanto, em desacordo com o Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, que veda a representação apenas para datas específicas (peça 17, p. 74-77). Ocorre que o Convênio 407/2009 previu a observância do supracitado acórdão em sua cláusula terceira, inciso II, alínea II (peça 1, p. 46), não se justificando o procedimento adotado pelo convenente.

15.3. Observe-se que a atual jurisprudência majoritária do TCU se inclina para considerar como falha grave a contratação de artistas propriamente dita, com esteio em contratos de exclusividade que não observem os ditames do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, a exemplo dos Acórdãos 4.714/2018 (Rel. Min. Subs. Marcos Bemquerer), 2.020/2018 (Rel. Min. Aroldo Cedraz) e 8.731/2017 (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. E esse foi o posicionamento do acórdão recorrido, conforme entendimento do relator *a quo* registrado no item 27 do voto (peça 47).

15.4. Oportuno comentar que a jurisprudência vem considerando como grave a contratação propriamente dita, realizada nos moldes verificados no presente processo, ensejando tão somente a

sanção de multa. Ainda, eventual débito pode decorrer da ausência de comprovantes do pagamento dos cachês aos artistas, e se relaciona à contratação em si apenas indiretamente, conforme se analisa no próximo item.

15.5. Quanto ao acórdão do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, versou sobre situação havida em 2005, ou seja, anterior ao paradigmático Acórdão 96/2008-TCU-Plenário e, ademais, decisões de Tribunais de Contas de Estado ou de Município não vinculam o TCU (v.g. Acórdão 2675/2011, do Plenário (Rel. Min. Aroldo Cedraz).

16. Comprovantes do recebimento de cachês

16.1. O recorrente argumenta que os shows foram realizados, e a ausência de comprovante de pagamento dos cachês é uma falha formal, que se ajusta ao artigo 18, da Lei Orgânica/TCU, e inclusive não foi indicado algum débito decorrente. Menciona o Acórdão 660/2016, da 1.ª Câmara (Rel. Min. Benjamin Zymler).

Análise

16.2. A ausência denexo causal entre os recursos transferidos ao município conveniente pelo MTur e a despesa com os shows previstos no Convênio 407/2009 decorreu da falta de comprovantes do pagamento de cachês aos artistas. E tal conclusão é consequência da contratação de empresa representante das bandas com inobservância do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, questão analisada alhures.

16.3. Isso porque, a exclusividade de representação dos artistas somente para data específica é incoerente com a melhor interpretação para a expressão ‘empresário exclusivo’ contida no artigo 25, III, da Lei 8.666/1993. A representação em determinada data denota que a pessoa ou empresa intermediária não mantém relacionamento permanente com o artista representado, permitindo concluir, neste caso, que poderia ser realizado procedimento licitatório para escolha de pessoa/empresa a representá-lo.

16.4. Em consequência, o produtor que não se enquadre no supracitado artigo 25, III, da Lei de Licitações pode ser considerado sem plena legitimidade para figurar como parte em contrato firmado sem prévia licitação por se haver concluído ser inexigível o procedimento licitatório. Nesse sentido, por exemplo, o voto que orientou o Acórdão 2.730/2017, do Plenário (Rel. Min. Walton Alencar):

Não ignoro nem faço pouco caso da dificuldade de municípios de pequeno porte contratarem artistas consagrados sem o auxílio de produtoras. Nem mesmo me oponho à cobrança pelo serviço de intermediação. Todavia, ao optar por valer-se de intermediário, impõe a legislação a estrita observância ao procedimento previsto na Lei 8.666/1993, ou seja, instaurar processo licitatório que assegure igualdade de condições a todos os interessados em oferecer o serviço. Nesse caso, podem os intermediários interessados em contratar com o conveniente reduzir sua margem de lucro. Os presentes autos reprisam situação observada em um sem número TCEs que tratam de convênios firmados entre o Ministério do Turismo e entidades ou municípios, para a promoção de eventos com shows de artistas pré-selecionados, em que são contratados intermediários, diretamente, por inexigibilidade de licitação, em afronta à legislação vigente, a valores com expressivo sobrepreço. Entretanto, na maior parte das vezes, como no caso destes autos, a ausência de documentos indicando o valor efetivamente auferido pelos artistas oculta a gravidade e a materialidade da irregularidade.

16.5. No presente caso, ainda que se admita, como alegado, ter havido interpretação razoável da legislação pela comissão de licitação local - e, cabe acrescentar que também pela assessoria jurídica -, não houve justificativa para a necessidade de contratação da empresa Marcos Promoções Artísticas (peça 17, p. 69 a 74). Nota-se, por exemplo, os documentos com a exclusividade da representação de duas bandas que se apresentariam no evento foram subscritos por pessoas com residência no município de Doutor Severino/RN, fato que eventualmente justificasse a desnecessidade de sua representação pela empresa em comento.

16.6. De todo modo, o ex-prefeito não trouxe aos autos qualquer justificativa para a ausência de comprovantes de pagamento dos cachês, ou, mesmo sobre alguma dificuldade em obtê-los. Cabe anotar que, por óbvio, a contratação nos moldes verificados não necessariamente significa que os recursos federais não tenham sido efetivamente utilizados para o pagamento dos artistas.

16.7. Todavia, como registrado o recorrente não se ocupou de procurar trazer aos autos qualquer documento a respeito dos cachês ou justificativa para sua ausência, ao contrário de cartas e declarações sobre outros itens de despesa (peça 17, p. 63 a 67). Esse cenário específico enseja considerar como não comprovado o nexos entre recursos e despesa com shows. O nexos em tela é considerado importante requisito para a regularidade das contas (v.g. Acórdãos 11.867/2018, da 1.^a Câmara; Rel. Min. Benjamin Zymler; 7.940/2018, da 2.^a Câmara; Rel. Min. Subs. Marcos Bemquerer; e 3.875/2018, da 1.^a Câmara; Rel. Min. Vital do Rêgo). Nessa linha traz-se o enunciado do Acórdão 7.200/2018, da 2.^a Câmara (Rel. Min. Subs. Marcos Bemquerer; em 'Jurisprudência Seleccionada'; site/TCU):

É inerente ao regime de prestação de contas previsto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal o dever de o responsável pelo convênio demonstrar o nexos causal entre os recursos por ele geridos e os documentos de despesas referentes à execução, tais como notas de empenho, ordens bancárias, cheques, recibos ou notas fiscais e extratos bancários, a confirmar o custeio, com recursos da União, dos bens produzidos e dos serviços realizados no ajuste.

16.8. Por fim, necessário registrar que a jurisprudência sobre a existência de débito em razão da ausência de comprovação do pagamento de cachês ainda é bastante oscilante no tribunal. Por exemplo, o recente Acórdão 7.198/2018, da 2.^a Câmara, também de relatoria do Ministro Substituto Marcos Bemquerer, considerou não ser exigível a comprovação do recebimento de cachês, com manifestação do MP/TCU no mesmo sentido. Eis o correspondente enunciado extraído da 'Jurisprudência Seleccionada' no sítio/TCU:

Na contratação de profissional do setor artístico com recursos de convênio, confirmada a execução física do evento e atestada a correspondência dos dados da nota fiscal com os do extrato bancário, não é exigível a comprovação da transferência dos valores ao artista pela empresa intermediária, se não houver previsão contratual nesse sentido ou se não houver indícios ou evidências de fraude na representação do artista, de superfaturamento nos valores do cachê ou de outra circunstância relevante na fase de contratação ou de liquidação das despesas.

CONCLUSÃO

17. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) não houve a prescrição da pretensão punitiva pelo Estado, nos termos do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário;

b) as contas não são iliquidáveis pois ausentes pressupostos de fato e de direito para tal deslinde;

c) há indícios da efetiva contratação de seguranças, ao contrário da entrega do *outdoor*;

d) a aquisição de bens comuns por licitação na modalidade convite foi justificada;

e) a contratação de empresa representante de artistas por inexigibilidade, em desacordo com o Acórdão 96/2008, do Plenário, enseja a aplicação de multa, conforme a atual jurisprudência majoritária do TCU e especialmente, no presente caso, em vista da previsão de aplicação desse aresto no termo de convênio; e

f) a ausência de recibos dos pagamentos de cachês aos artistas enseja o correspondente débito, pois impede o estabelecimento de nexos com os recursos geridos, em especial ante a falta de elementos que comprovem/indiquem minimamente que tais recursos foram empregados com aquela finalidade.



DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

18. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto por Francisco Neri de Oliveira contra o Acórdão 2649/2017-TCU-Plenário 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, dar-lhe provimento parcial, a fim de reduzir o débito em R\$ 2.500,00, a contar de 29/7/2009; e

b) dar conhecimento ao recorrente e aos demais interessados da decisão que vier a ser proferida.

TCU/Secretaria de Recursos, em 27/11/2018.

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