

TC 033.237/2015-8

Natureza: Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Ubirajara/SP.

Recorrente: José Altair Gonçalves (CPF 056.064.258-07).

Advogado: Juliano Quito Ferreira – OAB/SP 236.399 (procuração: peça 26)

Sumário: Tomada de Contas Especial. Convênio. Realização de evento. Contas irregulares. Débito. Multa. Recurso de Reconsideração. Conhecimento. Não comprovação denexo causal, em especial do pagamento aos artistas contratados. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto por José Altair Gonçalves (peça 57) contra o Acórdão 385/2018-Plenário (peça 35), da relatoria do ministro Bruno Dantas.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. desconsiderar a personalidade jurídica da empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda. e convalidar, com fundamento no art. 172 do Regimento Interno do TCU, a citação de Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi;

9.2. considerar revéis a empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda. e Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi, para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;

9.3. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’, ‘c’ e ‘d’, e 19, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas de José Altair Gonçalves, de Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi e da empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda., condenando-os solidariamente ao pagamento do débito discriminado a seguir, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora devidos, calculado desde a data de ocorrência indicada até sua efetiva quitação, na forma da legislação vigente, fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para que seja comprovado, perante este Tribunal, o recolhimento da quantia ao Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, inciso III, alínea “a”, da referida Lei, c/c o art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU:

Valor original (R\$)	Data da ocorrência
90.000,00	15/10/2009

9.4. com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992, aplicar a José Altair Gonçalves, a Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi e à empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda., individualmente, multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), atualizado monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for pago após o vencimento, na forma da legislação vigente, fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para que seja comprovado, perante este Tribunal, o recolhimento da quantia ao Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, inciso III, alínea “a”, da referida Lei, c/c o art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU;

9.5. com fundamento no art. 60 da Lei 8.443/1992, considerar graves as infrações cometidas por José Altair Gonçalves e Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi;

9.6. com fundamento no art. 60 da Lei 8.443/1992, inabilitar José Altair Gonçalves e Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública;

9.7. com fundamento no art. 26 da Lei 8.443/1992, autorizar, se requerido, o pagamento da importância devida em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para que seja comprovado, perante este Tribunal, o recolhimento da primeira parcela, e de 30 (trinta) dias, a contar da parcela anterior, para que seja comprovado o recolhimento das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal os devidos acréscimos legais, na forma prevista na legislação vigente, além de alertar que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 217 do Regimento Interno do TCU;

9.8. com fundamento no art. 28 da Lei 8.443/1992, autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação;

9.9. com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, c/c art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, remeter cópia deste acórdão à Procuradoria da República em São Paulo, para adoção das medidas que entender cabíveis;

9.10. dar ciência deste acórdão ao Ministério do Turismo e aos responsáveis.

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo (MTur) em desfavor de José Altair Gonçalves, ex-prefeito do município de Ubirajara/SP, em razão da impugnação total de despesas do Convênio 826/2009 (Siafi/Siconv 704408), que tinha por objeto o apoio à realização do projeto intitulado “1º Festival Cultural Solidário de Ubirajara/SP”, no valor de R\$ 105.000,00, sendo R\$ 90.000,00 à conta do órgão concedente e R\$ 15.000,00 referentes à contrapartida da entidade convenente. Os recursos federais foram creditados na conta específica do convênio em 15/10/2009.

2.1. O órgão concedente concluiu pela impugnação total de despesas, em face de irregularidades na execução física e financeira do objeto pactuado, conforme consignado nas notas técnicas 161/2013 e 60/2015, ratificada pela Nota Técnica 44/2015, em virtude de interposição de recurso, bem como no relatório de TCE 361/2015.

2.2. No âmbito deste Tribunal, a unidade instrutora promoveu a citação solidária do ex-prefeito com a empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda., contratada por inexigibilidade de licitação para intermediar a apresentação de shows artísticos e prestar serviços de apoio ao evento, bem como seu sócio Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi, por ter participado ativamente da elaboração da proposta de convênio apresentada ao MTur.

2.3. A empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda. e seu sócio Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi, embora regularmente citados, deixaram transcorrer o prazo regimental sem que fossem apresentadas alegações de defesa ou efetuado o recolhimento do débito. Dessa forma, devem ser considerados revéis, dando-se prosseguimento ao processo, conforme estabelece o art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992.

2.4. A unidade técnica propôs a rejeição das alegações de defesa de José Altair Gonçalves e o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis, com a imputação integral do débito e a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

2.5. O MPTCU anuiu à proposta, propondo adicionalmente a convalidação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda., e da citação de seu sócio, Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi, bem como a aplicação de sanção de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública para este e para José Altair Gonçalves. Em suma, conforme voto condutor à peça 36:

10. Ao que se percebe dos autos, a empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda. e seu sócio Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi tomaram a frente de todo o processo que

possibilitou o emprego dos recursos públicos, desde a fase orçamentária até aquela relacionada à inexigibilidade de licitação que culminou com a contratação irregular e direta da empresa. O ente municipal passou, assim, a ser um mero coadjuvante nas tratativas junto ao MTur.

11. Durante esse processo, Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi passou a atuar junto à prefeitura municipal de Ubirajara como se servidor público fosse, inclusive inserindo dados no Siconv em nome do proponente, antes mesmo da assinatura do termo de convênio.

12. Registra-se que o único elemento de prova da destinação de recursos é uma nota fiscal no valor de R\$ 105.000,00, emitida pela Usina em relação à execução do evento como um todo. Logo, não há como aferir se os recursos federais foram, de fato, aplicados no fim previsto no convênio, que incluía o pagamento dos artistas indicados no plano de trabalho.

2.6. As propostas foram acolhidas por este Tribunal, redundando na prolação do acórdão recorrido.

ADMISSIBILIDADE

3. O exame preliminar de admissibilidade à peça 61 – acolhido pelo Relator *ad quem* em despacho à peça 65 – concluiu por conhecer do recurso, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.3, 9.4, 9.5, 9.6 e 9.8 Acórdão 385/2018-TCU-Plenário.

MÉRITO

4. Constitui objeto do recurso examinar as seguintes questões:

a) se a contratação somente poderia ter sido feita por inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 (item 5);

b) se a declaração registrada em cartório comprova nexos causal entre a realização do evento e os recursos recebidos (item 6);

c) se a exiguidade de tempo justifica a ausência de publicação do contrato por inexigibilidade de licitação na imprensa oficial (item 7);

d) se a emissão antecipada da nota de empenho decorreu de falha formal do contador do município (item 8);

e) se o registro de atuação no processo do sócio da empresa contratada decorreu de equívoco de funcionário municipal (item 9);

f) se não houve prejuízo ao erário (item 10).

5. Contratação por inexigibilidade de licitação

5.1. O recorrente alega que a contratação somente poderia ter sido feita por inexigibilidade de licitação, aduzindo que:

a) evento “1º Festival Cultural Solidário de Ubirajara” foi realizado com sucesso, os valores do convênio integralmente pagos à dupla, e a prestação de contas entregue em conformidade com as normas do Ministério do Turismo; (peça 57, p. 21)

b) todo procedimento licitatório de contratação dos artistas foram feitos de forma totalmente legal, passando pelo crivo do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, na ocasião da aprovação das contas municipais de 2009; (peça 57, p. 21)

c) a inexigibilidade de licitação não poderia ter sido feita de outra forma, pois a realização do procedimento licitatório era materialmente impossível em face da singularidade do objeto, tratando-se de uma inviabilidade lógica; (peça 57, p. 21-23)

d) não havia a mínima possibilidade de utilizar qualquer outro tipo de modalidade de licitação, pois não há como julgar propostas de bens diferentes. (peça 57, p. 25)

Análise

5.2. Trata-se de alegação já deduzida pelo recorrente em suas alegações de defesa e que foram rejeitadas pela unidade técnica nos seguintes termos (peça 37, p. 4-5):

16. Quanto à contratação da empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda. por inexigibilidade de licitação (item 8.1, alínea ‘a’, desta instrução), o responsável aduz que não poderia ser adotada modalidade de licitação diversa, por se tratar de objeto singular relativo à contratação de artistas de notoriedade na região de Ubirajara/SP. Também nesse caso não se questiona a contratação de artistas com amparo no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, mas sim o fato de ter sido contratada a empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda., sem comprovação de que a aludida empresa era representante exclusiva dos artistas que se apresentaram no evento.

16.1. A carta de exclusividade trazida aos autos refere-se à autorização de exclusividade somente para o dia do evento, no município de Ubirajara/SP, não sendo suficiente para fundamentar a contratação por inexigibilidade de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, a qual exige a celebração de contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado registrado em cartório, conforme disposto no item 9.5.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário. Por meio da carta de exclusividade apresentada pelo responsável, a empresa Guilherme & Santiago Promoções Artísticas, por meio de seu representante legal, declara que a empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda. ‘é detentora exclusiva da data 15 de agosto de 2009 para a realização de um *show* com os artistas GUILHERME & SANTIAGO e banda, na cidade de Ubirajara’. Fica evidente que a empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda. detinha exclusividade sobre os artistas somente para a data de realização do *show*, não sendo cabível sua contratação direta, por inexigibilidade de licitação, nos termos previstos na Lei 8.666/1993.

16.2. O Tribunal tem adotado o entendimento de que a não apresentação de contrato de exclusividade torna irregular a contratação de artistas por inexigibilidade de licitação, e justifica o julgamento pela irregularidade das contas, com aplicação da multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992 ao responsável, mas tal ocorrência, por si só, não é suficiente para a configuração de débito, o qual somente subsiste em face da ausência de comprovação inequívoca do nexo de causalidade. Nesse sentido, citam-se os Acórdãos 660/2016, 6.730/2015, 5.769/2015 e 5.662/2014, todos da 1ª Câmara do TCU.

5.3. Com efeito, dispõe o artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, que “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”. E o entendimento deste Tribunal é no sentido de que “a contratação de artistas consagrados por meio de inexigibilidade de licitação (art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993) somente deve ocorrer com a apresentação de contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado. O contrato de exclusividade não pode ser substituído por autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento (Acórdão 5209/2015-2ª Câmara, relator: Marcos Bemquerer). (g.n.)

5.4. Ante o exposto, permanece inteiramente incólume o fundamento que levou à rejeição da alegação e a condenação do recorrente nesse ponto.

6. Nexo de causalidade

6.1. O recorrente alega que o nexo de causalidade pode ser comprovado por escritura pública lavrada em cartório. Nesse sentido, aduz que:

a) a ausência do contrato de exclusividade, nos termos do Acórdão 1435/2017-Plenário (TC 022.552/2016-2) – resposta a consulta formulada pelo Ministério do Turismo –, pode não ensejar, por si só, o julgamento pela irregularidade das contas, tampouco a condenação em débito do responsável, 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: houver indícios de inexecução do evento objeto do Convênio, ou, 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, devidamente registrado em cartório; (peça 57, p. 27)

b) no caso vertente, o nexo de causalidade pode ser devidamente comprovado através da Escritura Pública lavrada em cartório, declarada pelo representante legal da carreira dos artistas “Guilherme & Santiago”, juntados à peça 57, p. 45-46; documento que comprova que os artistas se apresentaram na data de 15/8/2009, no município de Ubirajara, no evento denominado 1º Festival Cultural Solidário de Ubirajara-SP, receberam seu cachê, e que emitiram Carta de Exclusividade à empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda.; (peça 57, p. 27-28)

c) em que pese possíveis falhas formais sobre a inexigibilidade da contratação em apreço, a título apenas da emissão da Carta de Exclusividade, entendemos que estas não possuem o condão de promover a rejeição das contas em debate; (peça 57, p. 28)

Análise

6.2. Conforme alegado pelo recorrente, este Tribunal, mediante o Acórdão 1435/2017-Plenário, em resposta a consulta formulada pelo Ministério do Turismo, respondeu:

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.

6.3. Inicialmente, ressalte-se que a unidade técnica reconheceu que “não se questiona a execução física do objeto conveniado, a qual restou devidamente comprovada por meio de fotografias e reportagem de jornal à peça 11, p. 48-50 e 121, e comprovantes de divulgação em rádio e carro de som à peça 11, p. 98-106”; e que as irregularidades “referem-se à execução financeira do objeto conveniado”, e particularmente à ausência de nexo causal entre a realização do evento e a utilização dos recursos recebidos (peça 37, p. 4).

6.4. Assim, no intuito de demonstrar o nexo de causalidade no caso vertente, e nos termos do item 9.2.3.2. do Acórdão 1435/2017-Plenário, reproduzido acima, o recorrente junta aos autos “escritura pública que faz Hamilton Regis Policastro”, declarando que a) “no ano de 2009 era empresário exclusivo da dupla sertaneja Guilherme & Santiago, e que ainda neste ano transferiu a exclusividade do show com estes artistas, com consentimento dos próprios artistas, para o dia 15.08.2009 à empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda., (...) conforme inclusive Carta de Exclusividade emitida por ele para tanto”; b) “no dia 15.08.2009 a dupla Sertaneja Guilherme & Santiago se apresentou no município de Ubirajara-SP no evento denominado “1º Festival Cultural Solidário de Ubirajara-SP”, juntamente com sua Banda, e que todos os valores de cachê foram devidamente quitados pela empresa Usina e Promoção de Eventos Ltda., de forma antecipada, antes do início do evento, dando-se tudo conforme contratado e devidamente quitado, não havendo valores a serem percebidos sobre o evento por parte destes profissionais” (peça 57, p. 45-46).

6.5. Entretanto, ainda que as declarações acima fossem acolhidas em sua integralidade, e ainda que o entendimento deste Tribunal não fosse no sentido de que “as declarações de terceiros provam tão somente a existência da declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado

demonstrar a veracidade do alegado” (Acórdão 3210/2012-1ª Câmara, relatora: Ana Arraes); o nexo de causalidade não estaria demonstrado.

6.6. Com efeito, o item 9.2.3. do Acórdão 1435/2017-Plenário em momento algum estabelece (como parece ter sido o entendimento do recorrente) que declaração registrada em cartório comprova a existência de nexo causal. O que o dispositivo diz é que a representação do artista, por contrato de exclusividade, procuração ou carta de exclusividade, deve estar registrada em cartório. Diz também que o nexo de causalidade é estabelecido pela comprovação de que “os pagamentos tenham sido recebidos pelo artista ou por seu representante devidamente habilitado”, o que não se deu no caso vertente. Conforme registrado no voto condutor da decisão recorrida, “o único elemento de prova da destinação de recursos é uma nota fiscal no valor de R\$ 105.000,00, emitida pela Usina em relação à execução do evento como um todo. Logo, não há como aferir se os recursos federais foram, de fato, aplicados no fim previsto no convênio, que incluía o pagamento dos artistas indicados no plano de trabalho” (peça 36, p. 2).

6.7. Ante o exposto, deve-se rejeitar a alegação.

7. Ausência de publicação do contrato no Diário Oficial

7.1. O recorrente alega exiguidade de tempo para a não publicação do contrato por inexigibilidade de licitação na imprensa oficial. Nesse sentido, aduz que:

a) foi dada ao processo de contratação em tela a maior publicidade possível, pois o contrato foi devidamente publicado na imprensa regional e local, não tendo sido possível a devida publicação na imprensa oficial da união por questões de tempo, haja vista que o processo foi aprovado pelo Ministério do Turismo em data próxima à prevista para a execução do evento, e o processo licitatório teve fim às vésperas do mesmo, fato este que ocasionou a impossibilidade da publicação ora desejada; (peça 57, p. 28)

b) contudo, a publicidade foi dada, e embora não tenha atendido de forma total, nos termos da lei, o princípio da publicidade acabou por ser atendido, com a publicação em imprensa regional; (peça 57, p. 29)

c) considerar que tal falha de caráter simplesmente formal, possa ter o condão de macular tal conta, seria atitude extrema, onde acarretaria pena muito superior à falta cometida, ofendendo sobremaneira princípio constitucional norteador da matéria. (peça 57, p. 29)

Análise

7.2. O recorrente refere-se à irregularidade assim descrita no relatório que acompanha a decisão recorrida: “ausência de publicação, no Diário Oficial da União, do contrato firmado com a aludida empresa, em ofensa ao disposto no art. 26 da Lei 8.666/1993 e no Acórdão 96/2008-TCU-Plenário” (peça 37, p. 2, item 8.1, “b”).

7.3. O artigo 26 da Lei 8.666/1993 expressamente dispõe que as contratações por inexigibilidade de licitação “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”.

7.4. A alegação do recorrente não elide a irregularidade, mas procura justificá-la pela exiguidade do interregno entre a aprovação do processo pelo Ministério do Turismo e a execução do evento. Entretanto, a justificativa não é juridicamente idônea para afastar a irregularidade.

7.5. No tocante à sua gravidade, a irregularidade, tomada por si só, possivelmente não seria suficiente para ensejar a irregularidade das contas, mas ela se insere num contexto em que constam outras irregularidades, contexto esse que justificaram a condenação do ora recorrente.

7.6. Ante o exposto, deve-se rejeitar a alegação.

8. Emissão antecipada da nota de empenho

8.1. O recorrente alega incorreção da data de emissão da nota de empenho, aduzindo nesse sentido que:

a) conforme declaração à peça 57, p. 48, emitida pelo então contador do município de Ubirajara, fica claro e transparente que ocorreu claramente um erro gráfico, com relação à data do empenho em questão; (peça 57, p. 29-30)

b) o referido empenho cita o processo de inexigibilidade n. 01/2009, como referência; logo, se o processo deu início em 6/8/2009, o referido contrato não poderia ser empenhado antes de sua assinatura, ou ainda, antes mesmo do processo licitatório ter sequer iniciado; (peça 57, p. 30)

c) tal fato fica facilmente explicado através da certidão juntada, onde o funcionário assume o erro gráfico e relata a data correta da emissão do empenho a saber: 13/8/2009; (peça 57, p. 30)

d) portanto, existiu o erro de digitação, facilmente observado, mas este erro não pode induzir em afronta aos artigos 58 e 61 da Lei 4.320/1964, e sequer trouxe danos ao processo contábil, porque o empenho refere-se somente e apenas a reserva de dotação, para posterior pagamento; e no mundo real, a data correta da emissão da nota de empenho foi 13/8/2009; (peça 57, p. 30)

e) tratando-se de falha de caráter formal, e que não trouxe qualquer prejuízo ao processo, não pode induzir a rejeição das contas; (peça 57, p. 30)

f) o recorrente não deu causa à falha, pois fica claro que não houve qualquer participação do recorrente no erro em questão. (peça 57, p. 30-31)

Análise

8.2. O recorrente refere-se à irregularidade assim descrita no relatório que acompanha a decisão recorrida: “emissão de nota de empenho no valor de R\$ 105.000,00 em favor da referida empresa no dia 3/8/2009, antes mesmo que o processo de inexigibilidade de licitação para contratação do *show* artístico, infraestrutura e divulgação do evento houvesse iniciado, em ofensa ao disposto nos arts. 58 e 61 da Lei 4.320/1964” (peça 37, p. 2, item 8.1, “c”).

8.3. Nesse ponto, o recorrente alega tratar-se de falha na data de emissão da nota de empenho, admitida pelo contador à época (peça 57, p. 48), sendo que onde constou “3/8/2009” deveria constar “13/8/2009”. Além do fato de este Tribunal atribuir baixo valor probatório a declarações de terceiros, a alegação é infirmada pelos elementos dos autos, porquanto no histórico do SICONV se verifica que a atuação no processo do sócio da empresa contratada (Thiago Ferrarezi) se deu a partir de 12/7/2009 – objeto do próximo item desta instrução – e no registro de 11/8/2009 há a informação de que naquela data já havia sido emitido o empenho correspondente ao processo (peça 13).

8.4. Ante o exposto, deve-se rejeitar a alegação.

9. Permissão para que sócio da empresa atuasse na elaboração da proposta do convênio – equívoco de funcionário municipal

9.1. O recorrente alega que o registro de atuação no processo do sócio da empresa contratada decorreu de equívoco de funcionário municipal. Nesse sentido, aduz que:

a) junta-se documento cartorial (peça 57, p. 50) em que o funcionário público municipal responsável pela alimentação do sistema à época aduz que foi informado equivocadamente o CPF do então sócio da empresa contratada (Thiago Ferrarezi) como responsável pelo cadastramento da proposta e plano de trabalho no sistema SINCONV; que, embora tal cadastro tenha sido feito de forma errônea, o referido sócio não entrou no sistema e nem sequer cadastrou as propostas e plano de trabalho de referido convênio, pois foi o funcionário municipal que efetivou o cadastramento sob a senha criada por ele no CPF do aludido particular; que Thiago Ferrarezi em nenhum momento lançou ou cadastrou pessoalmente tal proposta ou plano de trabalho, tendo apresentado para a Prefeitura de Ubirajara apenas proposta de preços para realização dos serviços em tempo; que tomou conhecimento da falha de ordem técnica e formal, quando do questionamento do ora recorrente em virtude de acórdão emitido sobre o assunto em tomada de contas especiais em trâmite pelo TCU; (peça 57, p. 32-33)

b) resta claro que não houve dolo nesta ação, pois em nenhum momento o sócio da empresa contratada cadastrou proposta ou plano de trabalho no sistema do Ministério, sendo que a falha de caráter formal não trouxe prejuízos no processo; (peça 57, p. 33)

c) o referido sócio apenas apresentou proposta à prefeitura visando sua contratação, e com base nesta proposta foi elaborado o plano de trabalho, que foi cadastrado por funcionário desta municipalidade; (peça 57, p. 34)

d) o CPF de Thiago Ferrarezi foi utilizado de forma equivocada, o que não comprova a materialidade de sua atuação no SICONV, como registrado no relatório que acompanha a decisão recorrida; (peça 57, p. 34)

e) tal ato não trouxe prejuízos ao processo, pois o funcionário desta municipalidade, de forma equivocada entendeu necessário vincular o sócio da empresa à proposta apresentada pelo município ao Ministério, que se fundamentava estritamente à proposta apresentada por este à Prefeitura de Ubirajara; (peça 57, p. 34)

f) não há o que se falar em direcionamento no processo licitatório, consubstanciado nos termos extraídos pelo presente acórdão, após a elucidação dos fatos apresentados neste remédio jurídico processual; (peça 57, p. 35)

g) o recorrente desconhecia os fatos acima narrados até a publicação do acórdão, e o Ministério do Turismo nunca apontou tais falhas durante o processo de prestação de contas; (peça 57, p. 35)

h) o recorrente em nenhum momento deu causa às falhas ocorridas, as quais não foram motivadas por má-fé ou intenção de trazer prejuízos ou enriquecimento ilícito a quem quer que seja; (peça 57, p. 35)

Análise

9.2. O recorrente refere-se à irregularidade assim descrita no relatório que acompanha a decisão recorrida: “ter permitido que o sócio da mencionada empresa [Usina de Promoção de Eventos Ltda.], Sr. Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi, atuasse diretamente na elaboração na proposta do convênio, configurando favorecimento indevido, agravado pela contratação direta da empresa por inexigibilidade de licitação, em ofensa aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, e aos arts. 3º, 89 e 90 da Lei 8.666/1993” (peça 37, p. 2, item 8.1, “d”).

9.3. Na instrução em que se propôs a citação dos responsáveis, a irregularidade é assim descrita (peça 15. p. 8-9):

51. A segunda irregularidade foi apontada em denúncia formulada perante o MTur por vereadores do município de Ubirajara/SP (peça 11, p. 122-124). Segundo informado pelos denunciante, o sócio da empresa contratada para a realização do evento (Usina de Promoções de Eventos Ltda.), Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi (CPF 322.080.708-95), foi o usuário que cadastrou a proposta de convênio no Siconv e lançou naquele sistema diversas informações, como se fosse servidor municipal habilitado, desde 12/7/2009, antes de o processo de inexigibilidade de licitação ter-se iniciado (6/8/2009) e antes da assinatura do convênio (11/8/2009), conforme se verificou em consulta ao histórico da proposta (peça 13). Tal fato, se confirmado, enquadra-se nas hipóteses de crimes no processo licitatório previstas nos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/1993, que estabelecem o seguinte.

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

(...)

parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

52. Por essa razão, o débito deve corresponder à totalidade dos recursos repassados, pois os atos possivelmente fraudulentos praticados pelo Sr. José Altair Gonçalves (ex-prefeito) e pelo Sr. Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi (sócio da empresa Usina de Promoções de Eventos Ltda.) na contratação da empresa invalidam todo o processo de inexigibilidade de licitação e toda a despesa realizada.

9.4. Em suas razões recursais, o recorrente procura reduzir a irregularidade a mero equívoco por parte do funcionário municipal responsável pelo cadastramento dos dados do convênio no sistema SICONV, com fundamento em declaração registrada em cartório do funcionário municipal então responsável pela atualização do sistema.

9.5. Entretanto, conforme consignado pelo MPTCU (peça 37, p. 9):

15. De modo específico, o documento à peça 13 demonstra que o Sr. Thiago Ferrarezi passou a preencher documentos no Siconv em nome do proponente, no caso, o Município de Ubirajara, a partir de 12/7/2009, ou seja, um mês antes da assinatura do termo de convênio.

16. Essa ocorrência, somada ao fato de que o empenho da despesa em prol da sociedade Usina foi efetivado em 3/8/2009 - antes de ter sido formalizado o termo de convênio e antes da realização do processo de inexigibilidade de licitação, iniciado em 6/8/2009 -, permite concluir pelo desrespeito aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

17. Ao que tudo indica, a sociedade Usina e seu sócio tomaram a frente de todo o processo que possibilitou o emprego dos recursos públicos, desde a fase orçamentária até aquela relacionada à inexigibilidade de licitação que culminou com a contratação irregular. O ente municipal passou, assim, a ser um mero coadjuvante nas tratativas junto ao MTur.

9.6. Com efeito, a antecedência com que o sócio da empresa proponente passou a atuar no processo torna inverossímil a alegação de mero equívoco por parte do funcionário municipal.

9.7. Nos termos do voto condutor da decisão recorrida (peça 36, p. 1-2):

10. Ao que se percebe dos autos, a empresa Usina de Promoção de Eventos Ltda. e seu sócio Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi tomaram a frente de todo o processo que possibilitou o emprego dos recursos públicos, desde a fase orçamentária até aquela relacionada à inexigibilidade de licitação que culminou com a contratação irregular e direta da empresa. O ente municipal passou, assim, a ser um mero coadjuvante nas tratativas junto ao MTur.

11. Durante esse processo, Thiago Roberto Aparecido Marcelino Ferrarezi passou a atuar junto à prefeitura municipal de Ubirajara como se servidor público fosse, inclusive inserindo dados no Siconv em nome do proponente, antes mesmo da assinatura do termo de convênio.

9.8. Além disso, o funcionário municipal declara que “quem efetuou referido cadastramento fomos nós sob a senha do CPF e senha criada para o Senhor Thiago” (peça 57, p. 50). Ocorre que, se correta tal afirmativa, tal conduta, mais do que crime no processo licitatório, poderia caracterizar o crime de falsidade ideológica previsto no artigo 299 do Código Penal (“inserir [em documento público] ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”, uma vez que o funcionário se teria feito passar por outra pessoa para realizar os registros no sistema, com a agravante de ser ele funcionário público (“parágrafo único: se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, [...] aumenta-se a pena de sexta parte”).

9.9. Uma vez que os elementos dos autos infirmam a alegação de mero equívoco no cadastramento de informações no SICONV, deve rejeitar tal alegação.

9.10. Além disso, deve-se ressaltar que, não obstante a irregularidade em questão fazer parte do contexto de irregularidades identificadas no processo, o cerne da condenação em débito diz respeito à ausência de comprovação de que os recursos foram efetivamente transferidos aos artistas ou seus representantes legais, o que é objeto do item a seguir.

10. Ausência de prejuízo ao erário

10.1. O recorrente alega inexistência de prejuízo ao erário, aduzindo que:

a) no acórdão recorrido não há menção de qual o prejuízo ocasionado pelo recorrente aos cofres públicos capaz de fundamentar o ressarcimento ora pretendido; (peça 57, p. 36)

b) ficou evidente nos autos que ocorreu o evento e que o valor do Convênio (R\$ 105.000,00) foi integralmente pago (cf. nota fiscal anexa à prestação de contas), fatos que afastam qualquer enriquecimento ilícito do recorrente ou lesão ao erário; (peça 57, p. 36)

c) o recorrente cumpriu integralmente a finalidade do convênio, ou seja, realizou o evento nos exatos moldes exigidos pelo Ministério do Turismo, e o valor cobrado pela empresa contratada encontrava-se dentro da realidade daquele momento, não existindo nos autos qualquer menção de superfaturamento ou documentos que o comprovem; (peça 57, p. 36)

d) a execução física do objeto do convênio foi aprovada pelo MTur; (peça 57, p. 36)

e) o Regimento Interno/TCU prescreve em seu artigo 208 que não evidenciados danos ao erário público, as contas podem ser julgadas regulares com ressalva; (peça 57, p. 37)

f) em caso idêntico ao vertente, este Tribunal julgou regulares as contas de ex-prefeito municipal: Acórdão 6409/2015-1ª Câmara (TC 001.779/2015-0); (peça 57, p. 37-39)

g) conforme exaustivamente demonstrado na prestação de contas, o evento foi realizado na íntegra, e pago exclusivamente com os recursos liberados para este fim, não ocorrendo qualquer dano ao erário público; (peça 57, p. 39)

h) sendo assim, qualquer ressarcimento realizado pelo recorrente acarretaria enriquecimento sem causa da União, prática afastada pelo Código Civil em seu artigo 884; sendo descabido qualquer ressarcimento por parte do requerido ao Ministério do Turismo; (peça 57, p. 39-40)

i) assim, ante a ausência de má-fé do recorrente (elemento subjetivo), coadjuvada pela inexistência de dano ao patrimônio público – uma vez que o pagamento da quantia de R\$ 105.000,00 se deu à luz da efetiva prestação dos serviços pela empresa contratada –, a análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo revela *error in iudicando*; (peça 57, p. 41)

j) as sanções da improbidade administrativa reclamam exegese das regras insertas no artigo 11 da Lei 8.429/1992, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, e sua aplicação deve ser realizada com ponderação máxima, porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares; (peça 57, p. 41)

k) para o agente ser condenado nas penas da lei de improbidade administrativa haverá de estar inequivocamente demonstrado o seu dolo, a sua má-fé e o prejuízo que ensejou ao erário, o que, conforme se evidencia, absolutamente não ocorreram neste caso. (peça 57, p. 41)

Análise

10.2. O cerne da condenação foi assim sintetizado no voto condutor da decisão (peça 36, p. 2):

12. Registra-se que o único elemento de prova da destinação de recursos é uma nota fiscal no valor de R\$ 105.000,00, emitida pela Usina em relação à execução do evento como um todo. Logo, não há como aferir se os recursos federais foram, de fato, aplicados no fim previsto no convênio, que incluía o pagamento dos artistas indicados no plano de trabalho.

10.3. Com efeito, não há comprovação nos autos de que os recursos foram efetivamente repassados aos artistas contratados. Nesse sentido, ao contrário do alegado, a mera apresentação da nota fiscal emitida pela empresa contratada não comprova o pagamento em questão.

10.4. No tocante à invocação da lei de improbidade administrativa, tem-se que “o julgamento pela irregularidade das contas do responsável, com a consequente condenação para que ele promova o ressarcimento do dano ao erário, independe de ter havido ou não prática de ato de improbidade administrativa ou auferimento de vantagem pessoal em decorrência da gestão de recursos públicos” (Acórdão 10853/2018-1ª Câmara, relator: Bruno Dantas).



10.5. Ademais, a ação de improbidade administrativa regida pela Lei 8.429/1992 não se confunde com a tomada de contas especial, que se constitui como processo administrativo com rito próprio, disciplinado pela Lei 8.443/1992 e por normativos expedidos por este Tribunal no exercício da sua competência constitucional (em especial, Regimento Interno/TCU e Instrução Normativa-TCU n. 71/2012), aplicando-se apenas subsidiariamente as normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei 8.443/1992, nos termos do artigo 298 do Regimento Interno/TCU.

10.6. No caso vertente, não se está a imputar ao recorrente qualquer ato de improbidade, mas infração à norma constitucional e legal, porquanto a todo aquele que gere recursos públicos compete comprovar sua boa e regular utilização – nos termos do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal e artigo 93 do Decreto-Lei n. 200/1967. E, no caso vertente, o recorrente não apresentou elementos capazes de comprovar a transferência dos recursos aos artistas contratados.

10.7. Ante o exposto, deve-se rejeitar a alegação.

CONCLUSÃO

11. Da análise, conclui-se que:

a) o entendimento deste Tribunal é de que a contratação de artistas por inexigibilidade de licitação com base no artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, somente deve ocorrer com a apresentação de contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, não podendo ser substituído por autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e restrita à localidade do evento (Acórdão 5209/2015-2ª Câmara, relator: Marcos Bemquerer), que foi precisamente o que ocorreu no caso vertente (item 5);

b) nos termos do item 9.2.3 do Acórdão-TCU n. 1435/2017-Plenário, o registro em cartório deve ser da representação do artista, não se prestando a comprovar onexo causal, o qual deve ser pela comprovação de que o pagamento foi recebido pelo artista ou por seu representante legal (item 6);

c) a alegação de exiguidade de tempo não constitui justificativa juridicamente idônea para afastar a irregularidade (item 7);

d) a alegada falha formal é infirmada pelos elementos dos autos, porquanto no histórico do SICONV se verifica que a atuação no processo do sócio da empresa contratada (Thiago Ferrarezi) se deu a partir de 12/7/2009 e no registro de 11/8/2009 há a informação de que naquela data já havia sido emitido o empenho correspondente ao processo (item 8);

e) a alegação de mero equívoco do funcionário municipal é infirmada pelos elementos dos autos, em que se verifica que o sócio da empresa contratada passou a atuar no processo em 12/7/2009, um mês antes da celebração do convênio (item 9);

f) cabe ao ora recorrente comprovar a devida utilização dos recursos e não foram apresentados elementos que comprovem o pagamento aos artistas contratados (item 10).

11.1. Ante essas conclusões, deve-se **negar provimento** ao recurso.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12. Ante o exposto, submete-se o assunto à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) dar ciência da decisão ao recorrente e demais interessados.

TCU/Secretaria de Recursos, em 2/4/2019.

(assinado eletronicamente)

Emerson Cabral de Brito

Auditor Federal de Controle Externo

Matrícula 5084-9