

TC 033.021/2014-7

Tipo: Recurso de reconsideração em tomada de contas especial.

Unidade: Prefeitura Municipal de São José da Coroa Grande - PE.

Recorrente: José Barbosa de Andrade (005.492.664-53).

Advogados: Márcio José Alves de Souza, OAB/PE 5.786 e outros (peça 34).

Interessado em sustentação oral: Não.

Sumário: Tomada de contas especial. Ministério do Turismo. Convênio. Evento. Comprovação da apresentação dos artistas. Nexo financeiro demonstrado. Débito afastado. Ausência de efetiva exclusividade na representação de artistas. Carta de exclusividade. Afronta ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993. Contas irregulares. Multa. Recurso de reconsideração. Absolvição do responsável em Juízo Criminal por falta de comprovação da materialidade do delito: fundamento não vincula a decisão do TCU. Inexistência material do fato não reconhecida pelo Juízo Criminal. Apresentação de contratos de exclusividade de representante de artista para data e evento definidos. Contratos de exclusividade elaborados apenas para compor a formalidade exigida. Elementos probatórios descaracterizaram a alegada exclusividade de representação. Ofensa ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993. Responsabilidade subjetiva do gestor municipal signatário do ajuste. Culpa in eligendo e culpa in vigilando. Conhecimento. Não provimento.

INTRODUÇÃO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto por José Barbosa de Andrade, ex-Prefeito de São José da Coroa Grande/PE (peça 52), contra o Acórdão 8650/2018-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer Costa, transcrito na íntegra abaixo (peça 47):

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos referentes à Tomada de Contas Especial deflagrada pelo Ministério do Turismo em nome do Sr. José Barbosa de Andrade, ex-Prefeito de São José da Coroa Grande/PE (gestão 2005-2012), em razão de irregularidades na execução do Convênio 1.456/2009, cujo objeto contemplou o incentivo ao turismo local por meio do apoio ao projeto intitulado “São José Summer Beach”, realizado entre 08/12/2009 e 31/01/2010, prevendo-se a apresentação de 13 atrações musicais.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. julgar irregulares as contas do Sr. José Barbosa de Andrade, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea b, 19, parágrafo único, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992;

9.2. aplicar ao responsável retromencionado a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente, desde a data deste Acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, o parcelamento da dívida em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirá o correspondente acréscimo legal (atualização monetária), esclarecendo ao responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial da dívida, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, caso não atendida a notificação.

HISTÓRICO

2. Esta tomada de contas especial foi instaurada pelo Ministério do Turismo contra José Barbosa de Andrade, ex-prefeito de São José da Coroa Grande/PE (gestão 2005-2012), em razão de irregularidades na execução do Convênio 1.456/2009, cujo objeto consistiu no apoio ao projeto “São José Summer Beach”, realizado entre 08/12/2009 e 31/01/2010, com a apresentação de 13 atrações musicais no custo total de R\$ 417.500,00, R\$ 400.000,00 de repasse federal e o restante a cargo da contrapartida municipal (peça 1, p. 48-84).

3. A prestação de contas (peça 1, p. 153-163 e peças 14-15) foi examinada pelo Ministério do Turismo que apontou ressalvas de natureza financeira na Nota Técnica de Reanálise 12/2013 (peça 1, p. 386-396).

4. Citado, José Barbosa de Andrade apresentou sua defesa (peças 25-27, 33 e 40), que foi examinada pela Secex/MG. A unidade técnica confirmou a execução física do evento, o nexo causal estabelecido entre os valores do convênio e os documentos de despesas apresentados, mas apontou a falta de efetividade dos contratos de exclusividade de representação, firmados entre a empresa Forrozão Promoções Ltda. e artistas, contratados por inexigibilidade de licitação. Assim, propôs a condenação do responsável ao ressarcimento do valor integral dos recursos federais repassados, R\$ 400.000,00, descontando-se as devoluções eventualmente já efetuadas (peças 37-39).

5. O Ministério Público de Contas divergiu do exame da unidade técnica quanto ao débito atribuído ao responsável, por ter considerado, nos termos da citação, que a única parcela efetivamente questionada foi a diferença entre a importância transferida para a empresa Forrozão e aquela repassada para os artistas, equivalente a R\$ 62.778,18 (peça 43).

6. O Ministro-Substituto André Luís de Carvalho declarou seu voto conforme a manifestação do Ministério Público de contas (peça 48).

7. Por sua vez, o relator original apontou a inexistência de documentos probatórios desse valor de R\$ 62.778,18 e dos cachês pagos aos artistas. Acrescentou que não seria exigível a comprovação dos cachês por falta de previsão contratual, falta de indícios de fraude na representação dos artistas e falta de evidências de superfaturamento dos cachês. O relator ressaltou que a ausência de indício de superfaturamento dos cachês dos artistas afastou o débito atribuído ao responsável (peça 49).

8. A ausência da efetiva exclusividade na representação, pela empresa Forrozão, de alguns artistas e o não atendimento, por carta de exclusividade, do disposto no art. 25, III, da Lei 8.666/1993, levaram o Tribunal, de acordo com o voto do relator original, a decidir pelo julgamento irregular das contas do José Barbosa de Andrade e aplicar-lhe multa a teor do Acórdão 8650/2018-TCU-2ª Câmara (peças 47, 49 e 50).

9. Passa-se ao exame do recurso de reconsideração.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

10. O Ministro João Augusto Ribeiro Nardes admitiu o recurso de reconsideração, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2 e 9.4 do Acórdão 8.650/2018-TCU-2ª Câmara (peça 56).

EXAME DE MÉRITO

11. Delimitação. Constitui objeto desta análise definir se:

(a) a decisão do Juízo Criminal na ação penal 0000139-56.2015.4.05.8307, fundamentada na falta de comprovação da materialidade do delito, é capaz de afastar a responsabilidade do recorrente nestes autos;

(b) os contratos de exclusividade do representante dos artistas, apresentados nos autos, atenderam os requisitos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993; e

(c) José Barbosa de Andrade, ex-Prefeito de São José da Coroa Grande/PE, é responsável pela contratação da empresa Forrozão Promoções Ltda., não detentora da efetiva exclusividade de representação dos artistas.

Da análise da alegada declaração do Juízo Criminal da inexistência do fato (inobservância do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, peças 52, p. 4-7)

Argumentos

12. O recorrente alega que o Ministério Público Federal apresentou a Ação Penal nº 0000139-56.2015.4.05.8307 em face do recorrente, por prática do tipo penal previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993, com base nas supostas irregularidades igualmente apontadas neste feito.

13. Afirma que, após a instrução criminal, o Juízo da 26ª Vara Federal de Pernambuco afastou definitivamente qualquer hipótese de cometimento de crime por parte de José Barbosa de Andrade, nos seguintes termos:

(...)

Portanto, no que tange à materialidade do crime em apreço, pode-se resumir: i) não há irregularidade na inexigibilidade de licitação, por ser José Roberto Fernandes de Moura e Jósimo Costa da Silva empresários exclusivos dos artistas; ii) a representação decorre do fato dos documentos apresentados nos autos demonstrarem a atuação como empresários exclusivos, inclusive com autorização para agir como intermediários.

Pelos motivos exposto, ficou comprovada a regularidade no processo de inexigibilidade de licitação do Município de São José da Coroa Grande/PE, homologado pelo então Prefeito, o acusado José Barbosa de Andrade, que efetivou a contratação da empresa Forrozão Promoções Ltda., de propriedade dos acusados José Roberto Fernandes de Moura e Jósimo Costa da Silva, em conformidade com o disposto no art. 25, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, as condutas dos acusados não se amoldam ao disposto no art. 89 a Lei nº 8.666/93, caput, e parágrafo único, na modalidade deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

14. Informa que a sentença do Juízo competente transitou em julgado, sem apresentação da apelação por parte do Ministério Público Federal.

15. Assim, sustenta que a referida decisão judicial na esfera criminal repercute na decisão recorrida, pois absolveu o ex-prefeito das imputações que lhe foram feitas por afirmação categórica da inexistência do fato (dispensa indevida de licitação).

16. Ressalta que a absolvição criminal afasta a responsabilidade administrativa e cível quando for reconhecida ou provada a inexistência do fato ou a negativa de autoria em relação ao responsável, nos termos do art. 935 do Código Civil e das decisões proferidas pelo TCU (Acórdão 344/2015-TCU-

Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues), pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp 686.486, rel. Min. Luis Felipe Salomão; Resp 1103011, rel. Min. Francisco Falcão; e RMS 22.128/MT, rel. Min. Laurita Vaz) e pelo Supremo Tribunal Federal (AI 856126 AgR/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa e HC91110, rel. Min. Ellen Gracie).

17. Afirma que “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”, conforme disposição do art. 126 da Lei 8.112/1990.

18. Acrescenta que o TCU reconheceu no âmbito do TC 022.818/2012-0 que as provas produzidas no âmbito da ação criminal podem contribuir para a análise e o julgamento das tomadas de contas especiais, ainda que não haja obrigatoriedade de vinculação.

Análise

19. Segundo consta, o Juízo da Ação Penal nº 0000139-56.2015.4.05.8307 reconheceu em 13/8/2018 (primeira instância) que a empresa Forrozão Promoções Ltda., dos sócios José Roberto Fernandes de Moura e Jósimo Costa Da Silva, detinha a representação exclusiva dos artistas que se apresentaram no evento "São José Summer Beach", objeto do Convênio Siafi nº 719.185/2009, demonstrado naquele feito por meio dos contratos de exclusividade de representação dos artistas, declarações de testemunhas e interrogatório do Sr. José Barbosa de Andrade (ex-prefeito).

20. Por consequência, o Juízo da 26ª Vara Federal de Pernambuco concluiu que o processo de inexigibilidade de licitação ocorreu de forma regular, nos termos do art. 25, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993. Assim, absolveu José Barbosa de Andrade (ex-prefeito), José Roberto Fernandes de Moura e Jósimo Costa da Silva (sócios da empresa Forrozão Promoções Ltda.) em relação aos delitos tipificados nos artigos 89 da Lei n. 8.666/93 c/c art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, diante da não configuração **do fato típico**, fundamentado no **art. 386, inciso III**, do Código de Processo Penal (peça 52, p. 16, 18 e 19 e consulta em 4.4.2019 ao Portal da Justiça Federal em Pernambuco: <https://pje.jfpe.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/listView.seam>).

21. Segundo o art. 386, do Código de Processo Penal, o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, ao reconhecer:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação

22. O critério para absolvição de José Barbosa de Andrade na ação penal em exame foi a falta de demonstração da materialidade **dos delitos** tipificados nos arts. 89 da Lei 8.666/1993 e 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/1967, fundamentada no **art. 386, inciso III**, do Código de Processo Penal, conforme a parte dispositiva da decisão judicial contida à peça 52, p. 19.

23. Observa-se que o Juízo Criminal concluiu que não houve a comprovação da ocorrência dos crimes (infrações penais tipificadas nos arts. 89, da Lei 8.666/1993 e 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/1967). Nota-se que não houve o reconhecimento judicial da inexistência do fato. Em outras palavras, a sentença judicial reconheceu a ocorrência do fato, porém atípico.

24. Diversamente do que se alega, o Juízo Criminal não absolveu o recorrente por restar comprovado a inexistência do fato, hipótese descrita no art. 386, inciso I, do CPP, que sequer constou da decisão judicial.

25. Oportuno ressaltar que um mesmo fato pode se constituir de infração penal, civil e administrativa. No presente caso, o entendimento do Juízo Criminal de que não houve a caracterização de infração penal (fato típico dos crimes) não implica necessariamente a inexistência de infração civil e/ou administrativa.

26. Nesse sentido, entende-se que a decisão judicial em comento não vincula o acórdão recorrido, pois, apenas a sentença absolutória no juízo criminal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato ou na negativa de autoria tem habilidade para impedir a responsabilização do recorrente nestes autos, a teor do art. 935 do Código Civil e conforme as decisões do TCU (Acórdãos 2067/2015-Plenário, Bruno Dantas, 2082/2014-Plenário, André de Carvalho, 940/2019-2ª Câmara, Aroldo Cedraz, e 6903/2018-2ª Câmara, Ana Arraes), do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal apresentadas na peça recursal.

27. Quanto ao alegado trânsito em julgado da mencionada decisão judicial, verifica-se que o Ministério Público Federal fora intimado em 17/8/2018 acerca da sentença proferida em 13/8/2018, mas deixou transcorrer o prazo recursal de apelação *in albis* (art. 593, CPP), conforme constatado no movimento do processo eletrônico (consulta realizada no Portal da Justiça Federal em Pernambuco, em 5.4.2019). Apesar de ter ocorrido a preclusão consumativa do direito de o Parquet recorrer da decisão, não consta do processo eletrônico a certidão do trânsito em julgado daquele feito.

28. Assim, não há como acolher a preliminar alegada.

Do alegado atendimento dos contratos de exclusividade dos representantes dos artistas ao requisito do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 (peças 52, p. 7-11)

Argumentos

29. O recorrente afirma que restou incontroverso o registro em cartório dos contratos de exclusividade de representação de todas as bandas.

30. Assenta que todos os contratos firmados entre o município e a empresa Forrozão Promoções Ltda., bem como todos os contratos de exclusividade foram publicados no D.O.U., conforme exigência do art. 26 da Lei 8.666/1993.

31. Sustenta que o fato de os contratos de exclusividade de representação das Bandas Companhia do Calypso e Anjo Azul terem sido firmados para um período específico, certo e determinado (de 18 e 21 dias, respectivamente) não implicou a nulidade/invalidade dos contratos.

32. Alega que a Lei 8.666/1993 não estabeleceu prazos mínimo ou máximo como condição de validade do contrato de exclusividade e enfatiza que inexistente previsão legal para a forma do contrato.

33. Assevera que os artistas e seus empresários são livres na elaboração, outorga e cessão do direito de representação, pois ao particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe.

34. Informa que o Superior Tribunal de Justiça admite que a inviabilidade de competição para contratação de artista (art. 25, III, da Lei 8.666/1993) independe da pré-existência do contrato de exclusividade (AgRg no Ag 1353772/PE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

35. Acrescenta que os tribunais têm admitido outras formas de vínculo como “pacote de bandas” para um único empresário, com a finalidade de “vendê-lo” por inteiro para participação em evento. Cita a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco proferida no Agravo 1086785-8/01, Oitava Câmara, rel. Des. Ricardo de Oliveira Paes Barreto, e a Apelação 35003-0, Oitava Câmara, rel. Des. Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello.

36. Afirma que não tem responsabilidade por contratos dos quais não fez parte, ao se referir à constatação de que outras empresas, representando as bandas do “São José Summer Beach”, pactuaram outras apresentações no mesmo mês do evento.

Análise

37. Seguem os documentos constantes dos autos:

Descrição	Data	Localização
Celebração do convênio 719.185/2009	08/12/2009	Peça 1, p. 48-84
Relatório de supervisão <i>in loco</i> MTur 416/2009	08/01/2010	Peça 1, p. 89-120
Relatório de supervisão <i>in loco</i> MTur 15/2010	25/01/2010	Peça 1, p. 125-149
Ordem bancária do MTur para o convenente	05/02/2010	Peça 2, p. 63
Ofício de apresentação de documentos referentes à prestação de contas	20/04/2010	Peça 1, p. 153-163
Parecer MTur 1175/2010 com aprovação da prestação de contas	22/06/2010	Peça 1, p. 175-185
Nota técnica MTur 739/2010 com ressalvas financeiras	16/08/2010	Peça 1, p. 167-173
Notas fiscais emitidas pela empresa Forrozão Promoções	01/2010	Peça 1, p. 187-189
Contratos de exclusividade	2009-2010	Peça 1, p. 190-240
Nota técnica 905 da Controladoria-Geral da União	04/04/2011	Peça 1, p. 244-332
Nota técnica de reanálise MTur 1512/2011 - aprovação parcial das contas	29/06/2011	Peça 1, p. 336-346
Justificativas apresentadas pelo convenente	22/07/2011	Peça 1, p. 348-354
Parecer de reanálise MTur 1630/2011 – reprovação das contas	01/08/2011	Peça 1, p. 358-374
Novas justificativas apresentadas pelo convenente	26/08/2011	Peça 1, p. 376-378
Nota técnica de reanálise MTur 0012/2013 – reprovação das contas	28/01/2013	Peça 1, p. 386-396
Representação do município contra o gestor antecessor perante o MPE/PE	03/09/2013	Peça 2, p. 43-45
Ação de improbidade administrativa do município c/ o gestor antecessor	03/09/2013	Peça 2, p. 47-58
Relatório do tomador de contas especial 217/2014	28/04/2014	Peça 2, p. 71-79
Relatório da Controladoria-Geral da União e parecer ministerial	11/11/2014	Peça 2, p. 91-97
Diligência do TCU ao MTur	17/07/2015	Peça 7
Diligência do TCU ao Banco do Brasil	17/07/2015	Peça 8
Resposta do MTur	06/08/2015	Peças 13-15
Resposta do Banco do Brasil	12/08/2015	Peças 17-20, 41-42
Ofício de citação de José Barbosa de Andrade	09/10/2015	Peças 25-27
Alegações de defesa de José Barbosa de Andrade	09/12/2015	Peças 33 e 40
Exame técnico da Secex-MG	09/03/2016	Peças 37-39
Parecer do Ministério Público/TCU	11/07/2017	Peça 43
Relatório, declaração de votos e Acórdão 8650/2018-TCU-2ª Câmara	18/09/2018	Peças 47-50
Recurso interposto por José Barbosa de Andrade	23/10/2018	Peça 52

38. O responsável foi citado e responsabilizado pela ausência de efetiva exclusividade na representação, pela empresa Forrozão Promoções Ltda., dos artistas que se apresentaram no evento “São José Summer Beach”, requisito legal para fundamentar sua contratação por inexigibilidade de licitação com base no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 (peça 27 e peça 49, p. 3-5).

39. O art. 25, inciso III da Lei 8.666/1993 dispôs:

Art. 25. 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.

40. Segundo o mencionado dispositivo legal, é permitida a contratação, sem licitação (inexigível), de artista consagrado pela opinião pública, realizada diretamente com o artista ou por meio de seu representante exclusivo.

41. A inteligência deste artigo revela a impossibilidade jurídica de contratação direta de mero intermediário, que detém a exclusividade limitada a determinados dias ou eventos, pois, se a

exclusividade é condicionada e temporária, em regra não há impossibilidade de competição, o que permite, em alguns casos, a ocorrência de superfaturamento/sobrepreço, o que não restou caracterizado nos presentes autos.

42. O entendimento sobre o ‘empresário exclusivo’ restou assentado no voto do Ministro Vital do Rêgo no Acórdão 1435/2017-TCU-Plenário:

8. A propósito, por ‘empresário exclusivo’ deve-se entender aquela pessoa, física ou jurídica, que cuida de todos os interesses e compromissos do artista ou banda musical, mediante contrato de representação exclusiva, registrado em cartório para surtir efeitos em relação a terceiros. Donde se conclui que o contrato de exclusividade celebrado entre o artista (ou banda) e o seu empresário difere da simples autorização (também chamada de carta de exclusividade) que confere representatividade ao empresário do artista/banda apenas para o (s) dia (s) correspondente (s) à apresentação deste, e ainda restrita à localidade do evento.

9. Tais autorizações (cartas) apenas conferem a determinado empresário – ou sociedade empresária – o direito de representar os artistas (bandas ou grupos musicais), de forma exclusiva, em eventos específicos para os quais estes são convidados. Não se prestam, portanto, a garantir ao agenciador ampla e irrestrita representação, com direito de exclusividade, para todos os eventos em que aqueles profissionais do setor artístico venham a se apresentar.

43. No caso concreto, os contratos de representação exclusiva das Bandas Companhia do Calypso (1º a 18/1/2010) e Anjo Azul (1º a 21/1/2010), firmados com a empresa Forrozão Promoções Ltda. (peça 1, p. 198-200 e 214-216), foram **limitados ao período de realização do evento** “São José Summer Beach” (8/12/2009 a 31/1/2010, peça 1, p. 11), circunstância que não se amolda ao conceito de representante exclusivo definido no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e nos Acórdãos TCU 96/2008-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler e 1.435/2017-Plenário, rel. Min. Vital do Rêgo.

44. Tal constatação não implicou a invalidade dos contratos, como questiona o recorrente, apenas caracterizou a infringência ao dispositivo relacionado. A inexistência de previsão legal que defina prazos (mínimo e máximo) e a forma do contrato de exclusividade, como condição de sua validade, não afasta o entendimento sobre a infração legal verificada.

45. Alegar que os artistas e empresários são livres para elaborar seus acordos não elide a irregularidade apontada. Ademais, há no termo do convênio **expressa** distinção entre contrato de representação exclusiva a que se refere o art. 25, III, da Lei 8.666/1993 e a autorização/carta/atesto de exclusividade que confere exclusividade ao representante apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento, conforme deixou assente o Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler (cláusula terceira, inciso II, letra ‘II’, peça 1, p. 60).

46. Portanto, ex-prefeito, signatário do convênio, tinha conhecimento prévio da referida diferença e não poderia ter aceito os contratos firmados entre as Bandas Companhia do Calypso e Anjo Azul e a empresa Forrozão Promoções Ltda., porquanto não atendiam perfeitamente o que dispôs o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993.

47. Quanto às demais bandas (Mel da Terra, Limão com Mel, Mastruz com Leite, Capim com Mel, Calango Aceso, Marreta You Planeta, Cavalão de Pau, Forró da Galega, Cascavel, Forró Chega Mais e Felipão & Banda), embora os correspondentes contratos de exclusividade tenham indicado um ano de representação exclusiva pela Forrozão Promoções Ltda. (peça 1, p. 190-196, 202-212, 218-240), tal status restou descaracterizado na Nota Técnica CGU 905/2011, a qual demonstrou que **não havia, de fato, a exclusividade de representação da empresa Forrozão Promoções Ltda. em relação a diversas bandas** (peça 1, p. 290-294):

b) Evidências de ausência de efetiva exclusividade para representação das bandas contratadas no âmbito do São José Summer Beach (demais bandas do evento).

Para as demais bandas contratadas para o evento, os contratos de exclusividade constantes dos processos de inexigibilidade asseveraram o prazo de 1(um) ano de representação exclusiva pela Forrozão Promoções Ltda. (CNPJ 01.005.210/0001-35), a contar das assinaturas. Esse período mostrava-se, a princípio, mais adequado ao que preconiza o Acórdão TCU Plenário nº 96/2008. Todavia, **foram identificadas evidências de que os referidos instrumentos contratuais foram elaborados apenas para compor, do ponto de vista formal, as inexigibilidades de licitação, sem representarem, de fato, uma representação exclusiva por todo esse tempo.**

As primeiras evidências levantadas foram os **locais** e as **datas** de assinatura dos contratos. Identificou-se que dos 11 (onze) contratos de exclusividade firmados entre a Forrozão Promoções Ltda. (CNPJ 01.005.210/0001-35) e os representantes legais das bandas, 6 (seis) foram assinados no município de São José da Coroa Grande/PE e **não** nos municípios de origem do empresário e/ou bandas. Desses 6 (seis), 5 (cinco) foram assinados no mesmo **dia** (no mês anterior ao início do evento) e estabeleceram a mesma vigência.

Outras evidências identificadas foram as **cartas de exclusividade e os contratos de cessão de direitos e obrigações, constantes nos registros de avença no Sistema Siconv**. Esses documentos, assinados em novembro e dezembro de 2009, transferiram, inicialmente, o direito de representação exclusiva das bandas para a Forrozão Promoções Ltda. (CNPJ 01.005.210/0001-35) **apenas para os dias das respectivas apresentações no evento São José Summer Beach. Contudo, poucos dias depois foram firmados contratos de exclusividade para o período de 1 (um) ano, os quais não foram publicados no Sistema Siconv**. Nessa situação, desperta-se a atenção para a existência de **vários** instrumentos contratuais, num curto espaço de tempo, tratando diferentemente um mesmo tema.

Ainda com relação aos referidos **contratos de cessão de direitos e obrigações**, merecem menção os casos das bandas **Marreta You Planeta** e **Calango Aceso**. Para a primeira, verificou-se que, apesar de já existir contrato de exclusividade entre os artistas e a Forrozão Promoções Ltda. (CNPJ 01.005.210/0001-35) para o período de 01/02/09 a 31/01/10, foi transferido o direito de representação exclusiva para a mesma empresa, apenas para o dia 16/01/10 (data prevista da apresentação). Para a segunda, constatou-se que na mesma data (01/12/09) foram firmados contrato de cessão de direitos e obrigações apenas para o dia 08/12/09 (data prevista da apresentação) e contrato de exclusividade para o período de 01/12/09 a 30/11/10.

Novas evidências da ausência de efetiva exclusividade para representação das bandas contratadas no âmbito do São José Summer Beach foram identificadas por intermédio de **consultas ao Diário Oficial do Estado de Pernambuco**. Nesses exames foram constatadas inúmeras contratações das bandas em comento, supostamente representadas exclusividades pela Forrozão Promoções Ltda. (CNPJ 01.005.210/0001-35), por intermédio de outras empresas.

A título de exemplificação, descreve-se a seguir o caso de cinco artistas.

i) Banda **Mastruz com Leite** (Período da exclusividade com a Forrozão Promoções Ltda.: 01/01/10 a 31/12/10).

Foram identificados os seguintes casos de contratação da banda, no suposto período de exclusividade com a Forrozão Promoções Ltda., por meio de outras empresas:

- Contratação da empresa Frederico Alexandre C. Figueiredo (CNPJ: 10.303.149/0001-01) para a apresentação da banda no município de Catende, em janeiro/2010 (DOE, 05/01/10, p. 22).
- Contratação da empresa C & D Produções e Eventos Ltda. (CNPJ: 04.891.101/0001-50) para a apresentação da banda no município de São Joaquim do Monte, em janeiro/2010 (DOE, 10/01/10, p. 26).
- Contratação da empresa JI Pereira Eventos Ltda. ME (CNPJ: 08.312.545/0001-45) para a apresentação da banda no município de São José do Egito, em março/2010 (DOE, 06/03/10, p. 26).
- Contratação da empresa Tornado Produções Artísticas Ltda. (CNPJ: 10.743.853/0001-77) para a apresentação da banda no município de Brejo da Madre de Deus, em março/2010 (DOE, 27/03/10, p. 43).

ii) Banda **Mel com Terra** (Período da exclusividade com a Forrozão Promoções Ltda.: 01/12/09 a 30/11/10).

Foram identificados os seguintes casos de contratação da banda, no suposto período de exclusividade com a Forrozão Promoções Ltda., por meio de outras empresas:

- Contratação da empresa Nova Era Promoção e Organização de Eventos Artísticos e Entretenimento Ltda. ME (CNPJ: 04.841.368/0001-33) para a apresentação da banda no município de Itaquitinga, em dezembro/2009 (DOE, 05/12/09, p. 33).
- Contratação da empresa Figliuolo Produções Artísticas Ltda. (CNPJ: 03.757.415/0001-00) para a apresentação da banda no município de Itapissuma, em dezembro/2009 (DOE, 15/12/09, p. 26).
- Contratação da empresa Marcos Correia Valdevino (CNPJ: 04.448.086/0001-70) para a apresentação da banda no município de São Joaquim do Monte, em janeiro/2010 (DOE, 08/01/10, p. 14).
- Contratação da empresa MG Produções e Eventos (CNPJ: não identificado) para a apresentação da banda no município de Surubim, em junho/2010 (DOE, 31/03/10, p. 39).

iii) Banda **Limão com Mel** (Período da exclusividade com a Forrozão Promoções Ltda.: 01/01/10 a 31/12/10).

Foram identificados os seguintes casos de contratação da banda, no suposto período de exclusividade com a Forrozão Promoções Ltda., por meio de outras empresas:

- Contratação da empresa Ação Eventos Culturais Ltda. ME (CNPJ: 07.400.001/0001-72) para a apresentação da banda, em maio/2010 (DOE, 29/04/10, p. 24).
- Contratação da empresa Clarins Produções Artísticos (CNPJ: não identificado) para a apresentação da banda no município de Itapissuma, em maio/2010 (DOE, 12/05/10, p. 25).
- Contratação da empresa JR Produções (CNPJ: não identificado) para a apresentação da banda no município de Caetés, em junho/2010 (DOE, 03/06/10, p. 19).
- Contratação da empresa Talism-Produções Artísticas Ltda. (CNPJ: 24.267.338/0001-72) para a apresentação da banda no município de Itapetim, em 2010 (DOE, 06/07/10, p. 27).
- Contratação da empresa Rodrigo Alves Pereira –ME (CNPJ: 11.008.714/0001-62) para a apresentação da banda no município de Santa Terezinha, em julho/2010 (DOE, 07/07/10, p. 25).

iv) Banda **Capim com Mel** (Período da exclusividade com a Forrozão Promoções Ltda.: 01/12/09 a 30/11/10).

Foram identificados os seguintes casos de contratação da banda, no suposto período de exclusividade com a Forrozão Promoções Ltda., por meio de outras empresas:

- Contratação da empresa Nova Era Promoção e Organização de Eventos Artísticos e Entretenimento Ltda. ME (CNPJ: 04.841.368/0001-33) para a apresentação da banda no município de Itaquitinga, em dezembro/2009 (DOE, 05/12/09, p. 33).
- Contratação da empresa Sergio Barbosa de Lima ME (CNPJ: 09.518.841/0001-60) para a apresentação da banda no município de Ribeirão, em janeiro/2010 (DOE, 26/01/10, p. 18).
- Contratação da empresa MG Produções e Eventos (CNPJ: não identificado) para a apresentação da banda no município de Surubim, em junho/2010 (DOE, 31/03/10, p. 39).

v) Banda **Calango Aceso** (Período da exclusividade com a Forrozão Promoções Ltda.: 01/12/09 a 30/11/10).

Foram identificados os seguintes casos de contratação da banda, no suposto período de exclusividade com a Forrozão Promoções Ltda., por meio de outras empresas:

- Contratação da empresa João Marinho da Silva –Música ME (CNPJ: 01.514.117/0001-56) para a apresentação da banda no município de Cumarú, em janeiro/2010 (DOE, 21/01/10, p. 14).

- Contratação da empresa JI Pereira Eventos Ltda. ME (CNPJ: 08.312.545/0001-45) para a apresentação da banda no município de São José do Egito, em março/2010 (DOE, 06/03/10, p. 26).
- Contratação da empresa MG Produções e Eventos (CNPJ: não identificado) para a apresentação da banda no município de Surubim, em junho/2010 (DOE, 31/03/10, p. 39).
- Contratação da empresa Rodrigo Alves Pereira –ME (CNPJ: 11.008.714/0001-62) para a apresentação da banda no município de Santa Terezinha, em julho/2010 (DOE, 07/07/10, p. 25).

É importante salientar que, além das pesquisas no Diário Oficial do Estado de Pernambuco, verificou-se que nos próprios processos de inexigibilidade realizados pela Prefeitura de São José da Coroa Grande havia documentos que indicavam que a Forrozão Promoções Ltda. (CNPJ: 01.005.210/0001-35) não era representante exclusiva das empresas no período constante dos contratos de exclusividade apresentados. Foi o caso, por exemplo, das inexigibilidades nº 005/2010 e nº 006/2010. Na **Inexigibilidade nº 005/2010** consta o Contrato ETP nº 149, de fevereiro de 2009, cujo objeto foi a contratação pela Empresa de Turismo de Pernambuco S/A da apresentação artística da **Banda Marreta You Planeta**, no município de Gravatá, em 21/02/09, por intermédio da empresa Glaydston Monster Produções Artísticas Ltda. – ME (CNPJ: 04.378.240/0001-40). Entretanto, de acordo com o contrato de exclusividade constante do mesmo processo, a representante exclusiva do artista nesse mês seria a Forrozão Promoções Ltda. (CNPJ 01.005.210/0001-35).

Na **Inexigibilidade nº 006/2010**, por sua vez, consta Contrato, de 28/12/09, cujo objeto foi a contratação pela Prefeitura Municipal do Carpina da apresentação artística da **Banda Anjo Azul** no dia 06/01/10, por intermédio da empresa Menezes Produções e Eventos Ltda. (CNPJ: 02.963.829/0001 -15). Entretanto, de acordo com o contrato de exclusividade constante do mesmo processo, a representante exclusiva do artista na data desse show seria a Forrozão Promoções Ltda. (CNPJ: 01.005.210/0001-35). [destaques acrescidos]

48. Outras evidências extraídas da sentença judicial proferida no âmbito da Ação Penal nº 0000139-56.2015.4.05.8307 reforçam o entendimento de que o serviço de representação das bandas, fornecido pela empresa Forrozão Promoções Ltda., estava limitado, de fato, às datas do evento.

49. Naquele feito, o Secretário de Turismo da Prefeitura de São José da Coroa Grande/PE, em testemunha, afirmou que “ao entrar em contato com as bandas, foram indicadas as empresas que estariam com as **exclusividades das datas**” (peça 52, p. 16). Um dos sócios da empresa Forrozão Promoções Ltda., em interrogatório, afirmou que “o contratante **compra uma data** o contratante pede a **carta de exclusividade daquele dia**” (peça 52, p. 16). O outro sócio declarou que “a **carta de exclusividade** era para o dia do show comprado” (peça 52, p. 16).

50. As alegações de que os contratos de exclusividade foram registrados em cartório e publicados no DOU foram acolhidos no acórdão recorrido conforme itens 8 e 34 do seu voto condutor (peça 49, p. 2 e 5).

51. Conforme se observa nos itens 25 a 36 do voto condutor do acórdão recorrido (peça 49, p. 3-5), tais fatos (registros em cartório e publicação no DOU dos contratos de exclusividade) não afastaram o fundamento da condenação, pois o julgamento pela irregularidade das contas do responsável decorreu do descumprimento do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, vez que os documentos apresentados nos autos não demonstraram, de fato, a exclusividade de representação da empresa Forrozão em relação aos artistas que se apresentaram no evento “São José Summer Beach”.

52. A inviabilidade de competição na contratação de artistas aclamados pela opinião pública (art. 25, inciso III da Lei 8.666/1993) decorre da simples impossibilidade de se estabelecer um critério objetivo de escolha das propostas. Segundo Marçal Justen Filho, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13 ed., São Paulo, Editora Dialética, 2009, p. 366, “Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as diferentes performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição”. Nesse sentido, a inviabilidade de competição em tela não guarda qualquer relação com a existência do contrato de exclusividade.

53. A afirmação de que o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco tem admitido outras formas de vínculo como “pacote de bandas” para um único empresário, com a finalidade de “vendê-lo” por inteiro para participação em evento (Apelação 35003-0, Oitava Câmara, rel. Des. Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, julg. 27.9.2007) e o argumento de que não tinha responsabilidade por contratos firmados por empresas, que representaram as bandas do “São José Summer Beach” em outras apresentações ocorridas no período do evento, não elidem a responsabilidade do ex-prefeito (signatário do convênio) pelo fiel cumprimento ao disposto no art. 25, III da Lei 8.666/1993.

54. Primeiro, pois que este Tribunal não imputou qualquer responsabilização ao gestor em face das contratações realizadas por outros entes municipais. Essas outras contratações somente realçaram o fato de que a Forrozão Promoções Ltda. não era o “empresário exclusivo” dos artistas, descrito na norma legal.

55. Segundo, as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco não vinculam o TCU pelo princípio da independência das instâncias (Acórdãos TCU 6903/2018-2ª Câmara, Ana Arraes, 131/2017-Plenário, Walton Alencar Rodrigues, e 344/2015-Plenário, Walton Alencar Rodrigues). A jurisprudência pacífica do TCU assenta a impossibilidade jurídica de contratação direta de artista por mero intermediário, que detém a exclusividade limitada a determinados dias ou eventos, conforme disposto nos itens 39 a 43 desta instrução.

56. Portanto, não há como acolher as razões apresentadas.

Da análise da alegada ausência de responsabilidade de José Barbosa de Andrade, ex-prefeito, pela contratação de empresa, não detentora da efetiva exclusividade de representação dos artistas (peças 52, p. 3-4)

Argumentos

57. O recorrente afirma que não pode ser responsabilizado pelo descumprimento do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, porquanto:

(a) as supostas falhas formais, caso existentes, teriam decorrido diretamente dos procedimentos licitatórios, no que concerne à validade dos contratos de exclusividade apresentados pela empresa Forrozão Promoções Ltda.;

(b) a comissão de licitação é autônoma na condução dos procedimentos licitatórios e seus membros devem responder por eventuais erros, nos termos do art. 51, § 3º, da Lei 8.666/1993;

(c) a natureza da presente responsabilização é subjetiva e não objetiva;

(d) como agente delegante da administração pública, o gestor municipal não pode ser responsabilizado por atos praticados pela comissão de licitação. Não há provas de sua intromissão nesses autos;

(e) o recorrente cingiu-se a assinar o convênio. Não há como responsabilizar o ex-prefeito que, mesmo que tenha homologado o certame licitatório eivado de irregularidades de cunho formal, pois não há comprovação de sua má-fé. Nesse sentido é o Acórdão 1401/2014-TCU-2ª Câmara, rel. Min. José Jorge.

Análise

58. A responsabilidade de José Barbosa de Andrade (prefeito municipal, gestão 2005-2012) na execução de convênio adveio da sua condição de signatário do ajuste (peça 1, p. 84), que o fez garantidor da correta aplicação dos recursos (art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal).

59. A responsabilização é de natureza subjetiva e ficou caracterizada mediante a presença de simples culpa (sentido estrito), sendo desnecessária a comprovação de má-fé. Nesse linha são os Acórdãos TCU 1512/2015-Plenário, rel. Min. Bruno Dantas, 479/2010-Plenário, rel. Min. Raimundo

Carreiro e 1530/2008-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

60. Apontar a responsabilidade da comissão de licitação pelo descumprimento do art. 25, III, da Lei 8.666/1993 não socorre à defesa do recorrente porquanto não se comprovou documentalmente eventual conduta indevida da referida comissão, pois não se apresentou nestes autos os cinco processos de inexigibilidade nº 006/2009, 003/2010, 005/2010, 006/2010 e 007/2010 (peça 1, p. 288).

61. Ainda que não tenha praticado pessoalmente os atos referentes à adjudicação e homologação do procedimento licitatório, o que não restou comprovado, o recorrente tinha o dever de adotar as providências para que o procedimento de inexigibilidade ocorresse dentro dos parâmetros legais.

62. Ademais disso, remanesce sua responsabilidade por culpa *in eligendo*, má escolha dos agentes delegados que compunham a comissão de licitação, e culpa *in vigilando*, falta de fiscalização por parte do gestor quanto aos atos praticados pelos agentes subordinados. Nessa linha são os Acórdãos TCU 6230/2014-2ª Câmara, rel. Min. Marcos Bemquerer, 2059/2015-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, 3161/2016-Plenário, rel. Min. Ana Arraes.

63. Desse modo, sustentar a delegação de competência, a autonomia dos membros da comissão de licitação, bem como a falta de evidências de sua intromissão no procedimento licitatório não socorrem à defesa do recorrente.

64. Assim, remanesce a responsabilidade do recorrente nestes autos.

CONCLUSÃO

65. A decisão do Juízo Criminal na ação penal 0000139-56.2015.4.05.8307, fundamentada na falta de comprovação da materialidade do delito, não é capaz de afastar a responsabilidade do recorrente nestes autos.

66. Apenas a sentença absolutória no juízo criminal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato ou na negativa de autoria tem habilidade para impedir a responsabilização do recorrente nestes autos, a teor do art. 935 do Código Civil.

67. Os contratos de exclusividade firmados entre as Bandas Companhia do Calypso e Anjo Azul e a empresa Forrozão Promoções Ltda. foram limitados ao período de realização do evento “São José Summer Beach”, circunstância que não se amolda ao conceito de representante exclusivo definido no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e nos Acórdãos TCU 96/2008-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler e 1.435/2017-Plenário, rel. Min. Vital do Rêgo.

68. Os contratos de exclusividade das bandas Mel da Terra, Limão com Mel, Mastruz com Leite, Capim com Mel, Calango Aceso, Marreta You Planeta foram elaborados apenas para compor a formalidade exigida. A Nota Técnica CGU 905/2011 demonstrou que não havia, de fato, a exclusividade de representação da empresa Forrozão Promoções Ltda. em relação a tais bandas, em desacordo com o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e Acórdãos TCU 96/2008-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler e 1.435/2017-Plenário, rel. Min. Vital do Rêgo.

69. A responsabilidade de José Barbosa de Andrade adveio da condição de signatário do ajuste como garantidor da correta aplicação dos recursos nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal.

70. Corroboram com a responsabilização subjetiva do gestor municipal a culpa *in eligendo*, má escolha dos agentes delegados que compunham a comissão de licitação, e a culpa *in vigilando*, falta de fiscalização por parte do gestor quanto aos atos praticados pelos agentes subordinados.

71. Desse modo, não há como acolher as razões recursais.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

72. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a análise do recurso de reconsideração interposto por José Barbosa de Andrade contra o Acórdão 8656/2018-TCU-2ª Câmara, propondo-se, com fundamento no artigo 33, da Lei 8.443/1992:

a) conhecê-lo e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) dar ciência às partes, à Procuradoria da República no Estado de Pernambuco, aos órgãos/entidades interessados, bem como aos demais cientificados do acórdão recorrido.

Secretaria de Recursos/4ª Diretoria, em 5 de abril de 2019.

(assinado eletronicamente)

Marcelo T. Karimata

AUFC – Mat. 6532-3