Proposta de Deliberação

O presente processo refere-se à tomada de contas especial instaurada pela Secretaria Executiva do Ministério do Turismo (MTur) em desfavor da Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, presidente dessa associação, em razão da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos à ASBT no âmbito do convênio 546/2009 (Siconv 703813), cujo objeto foi o incentivo ao turismo por meio do apoio ao projeto intitulado "Festejos Juninos de Umbaúba", realizado no período de 23/6 a 24/6/2009.

2. Foram previstos R$ 105.190,00 para a execução do objeto do convênio. O concedente repassou R$ 100.000,00, mediante a ordem bancária 2009OB801143, emitida em 3/8/2009 (peça 9, p. 66) e creditada na conta corrente do ajuste em 5/8/2009 (peça 9, p. 108).

3. O ajuste vigorou inicialmente no período de 22/6/2009 a 25/8/2009, tendo sido prorrogado até 17/9/2009 (peça 9, p. 67), com prazo para apresentação da prestação de contas até 17/10/2009.

4. Consta do relatório de TCE 265/2015, de 13/5/215 (peça 1, p. 183-187), que a impugnação total das despesas que ensejou esta tomada de contas especial decorreu da verificação de irregularidade na execução financeira do convênio.

5. Após o saneamento dos autos, a então Secex-SE promoveu a citação do Sr. Louvival Mendes de Oliveira Neto e da Associação Sergipana de Blocos de Trio, pelo débito de R$ 94.000,00, em decorrência das seguintes irregularidades (peças 21 e 20, respectivamente):

> "a) contratação irregular da empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. (CNPJ 05.674.085/0001-07) por inexigibilidade de licitação, quando ausente o requisito de inviabilidade de competição, em afronta ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, e ao subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário;
>
> b) aplicação dos recursos em desacordo com o plano de trabalho, haja vista que os pagamentos foram realizados com base em contratos de exclusividades inaptos;
>
> c) não demonstração do nexo de causalidade entre os valores repassados e o fim a que eles se destinavam, pois não há como se afirmar que os valores pagos à referida empresa foram realmente utilizados na consecução do objeto pactuado;
>
> d) realização de pagamentos por intermediação à empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda., que constituíram pagamentos a título de taxa de administração, de gerência ou similar, o que era vedado pela cláusula terceira, inciso II, alínea 'hh', do termo convenial;
>
> e) ausência de justificativa dos preços praticados na Inexigibilidade 045/2009, em discordo com o previsto na cláusula oitava, parágrafo segundo, inciso II, do termo convenial;
>
> f) ausência de publicidade devida do ato de inexigibilidade 45/2009 e do contrato decorrente, em desobediência ao estabelecido nos arts. 26 e 61 da Lei 8.666/1993; e
>
> g) divergência entre os valores contratados e os efetivamente recebidos pelas bandas a título de cachês."

6. Os responsáveis apresentaram alegações de defesa, constantes das peças 24 e 25.

7. Na instrução (peça 26), a então Secex-SE propôs a rejeição das alegações de defesa apresentadas e o julgamento pela irregularidade das contas do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, presidente da ASBT, imputando-lhe, solidariamente com a ASBT, o débito de R$ 94.000,00, bem como a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 (peça 26).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62626869.

8. O MP/TCU, representado pela procuradora-geral Cristina Machado da Costa e Silva, divergiu da unidade instrutiva, segundo o parecer a seguir (peça 29):

"(...)

4. De início, verifica-se que as ações previstas no Convênio n.º 546/2009 estão distribuídas em duas metas complementares, a saber: a) contratação de apresentações artísticas (R$ 94.000,00); e b) veiculação em jornal, inserções em rádios e contratação de carro de som para divulgação do evento (R$ 11.190,00).

5. A execução da meta de divulgação do evento foi considerada regular ainda na fase interna das apurações, oportunidade em que também se confirmou ter havido a participação das bandas musicais. Nesse último caso, o dano ao erário decorre principalmente, na vertente de exame da execução financeira, da ocorrência de supostas falhas na fase de inexigibilidade de licitação (empresa contratada com base em cartas de exclusividade fornecidas pelas bandas musicais) e na de liquidação das despesas (transferência de cachê aos artistas pela empresa em valores divergentes do da contratação com a convenente).

6. No tocante à questão dos contratos de exclusividade, relembre-se que, em recente data, especificamente na sessão de 5/7/2017, o Tribunal deliberou nos termos do Acórdão n.º 1435/2017-Plenário (TC-022.552/2016-2) por uniformizar a disciplina sobre a matéria, em sede de consulta formulada pelo Ministério do Turismo, basicamente no sentido de que as situações de ausência ou de falha nos contratos de exclusividade, ou nas cartas de exclusividade, podem não ensejar, por si sós, o julgamento de irregularidade das contas ou a condenação em débito de responsável, a depender das circunstâncias do caso concreto.

7. Assim, para a etapa executiva dos convênios e nas situações em que se comprova a execução do evento previsto e o nexo de causalidade das receitas, despesas e prestador dos serviços, esta representante do *Parquet*, com arrimo na novel deliberação e a título de uniformidade de tratamento para com os agentes jurisdicionados ao TCU, tem considerado como ressalva nas contas a ausência de apresentação dos contratos de exclusividade. Regra geral, o próprio instrumento do convênio já define a priori os grupos musicais que se apresentarão nos eventos previstos, de forma que as exigências do procedimento de inexigibilidade de licitação se afigurariam mais como uma condição de eficácia ou de confirmação dos termos do convênio do que propriamente de uma escolha dos artistas ou competitividade de mercado.

8. Também no instrumento do convênio já estão pré-definidos os valores a serem pagos pela apresentação dos grupos musicais, o que implica dizer que há presunção (*iuris tantum*, sujeita a prova em contrário) de que o montante fixado no ajuste está compatível com os preços de mercado. Firmado o contrato entre a convenente e o empresário representante dos grupos musicais em valores idênticos ao do convênio e ao do procedimento de inexigibilidade de licitação, a superveniência de documentação comprobatória nos autos de que, na fase de liquidação das despesas, teria havido divergência quanto ao valor do pagamento dos grupos musicais constitui, a nosso ver, elemento suficiente para afastar a presunção de compatibilidade dos valores do contrato com os preços de mercado, até que os responsáveis tragam, em defesa, provas cabais de outros custos incorridos nos eventos, se for o caso. Noutras palavras, à parte o pagamento auferido pelos artistas (cachê propriamente dito), não se poderia descartar de antemão a possibilidade de incidência de despesas adicionais, como passagem aérea, hospedagem, alimentação, transporte de pessoas e equipamentos, seguro, entre outras, suportadas pela empresa contratada na prestação dos serviços.

9. Nessa perspectiva é que se considera legítimo, uma vez confirmada a execução física do evento pelas bandas musicais e atestada a regularidade dos documentos comprobatórios da liquidação das despesas no caso concreto (correspondência dos dados e valores da nota fiscal com os dos extratos bancários), impugnar apenas a diferença entre o valor pago à empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. e o recebido pelas bandas musicais que

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62626869.

participaram do evento 'Festejos Juninos de Umbaúba/SE' – diferença essa avaliada por R$ 28.200,00 (peça 26, item 59) – , ressalvada a possibilidade, como dito anteriormente, de ter havido despesas adicionais em cada caso. Por ser a beneficiária direta do valor pago a maior, resta, todavia, acrescer em sede de citação a responsabilidade solidária da empresa pelo débito. O valor da dívida a ser ressarcido aos cofres federais fica alterado para R$ 26.790,00 (= 0,95 x R$ 28.200,00), em compatibilidade com a proporção dos recursos federais transferidos no convênio.

10. Por fim, ante a ausência de prejuízo à competitividade do procedimento licitatório ou de relevante ofensa à ordem jurídica, fica gravada de ressalva nas contas a falha relacionada com a publicidade do ato de inexigibilidade e do contrato decorrente.

11. Diante do exposto, esta representante do Ministério Público manifesta-se preliminarmente, abstendo-se de apresentar proposta alternativa de mérito na presente etapa processual, por que seja realizada a citação da empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. para que apresente alegações de defesa ou efetue o ressarcimento ao Tesouro Nacional, em solidariedade com a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e com o Senhor Lourival Mendes de Oliveira, do débito no valor de R$ 26.790,00, à data de 5/8/2009, na forma da legislação em vigor, em razão da divergência entre o pagamento total auferido e os valores recebidos pelas bandas musicais que se apresentaram no evento 'Festejos Juninos de Umbaúba/SE', previsto no Convênio n.º 546/2009."

9. Ao acolher integralmente os fundamentos expostos no parecer da eminente procurador-geral, determinei à então Secex-SE que promovesse a citação da empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda., nos termos propostos pelo *Parquet* especializado (peça 30).

10. A empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. foi citada por edital, para apresentar alegações de defesa ou recolher o valor de R$ 26.790,00 (data de 5/8/2009), tendo em vista o insucesso das tentativas de promoção da citação por meio do envio de ofícios para os endereços constantes das bases de dados pesquisadas.

11. Não foram apresentadas alegações de defesa, de modo que a proposta da Secex-TCE, atual responsável pela instrução deste processo, é no sentido de que a empresa seja considerada revel, devendo, no mérito, ser condenada em débito, haja vista que não há nos autos elementos que permitam elidir a responsabilidade da empresa pelo recebimento de valores superiores aos que foram recebidos pelos artistas contratados para participarem do evento Festejos Juninos de Umbaúba/SE.

12. Quanto ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira e a ASBT, a unidade instrutiva mantém a proposta de rejeição das alegações de defesa consignada na instrução inserta à peça 26, no que concerne à questão da divergência entre os valores contratados e os recebidos efetivamente pelas bandas a título de cachês.

13. Consequentemente, a Secex-TCE propugna pelo julgamento das contas do Sr. Lourival Mendes de Oliveira pela irregularidade e por sua condenação em débito parcial (R$ 26.790,00, em 5/8/2009), solidariamente, com a ASBT e com a empresa Sergipe Show Propaganda e Empreendimentos Ltda., com a aplicação a cada responsável da multa prevista no art. 8.443/1992.

14. O MP/TCU, em nova manifestação nos autos, anuiu integralmente à proposta da unidade instrutiva (peça 50).

II

15. Acompanho a análise efetuada pela Secex-TCE, cujos fundamentos adoto como razões de decidir.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62626869.

16. Em diversos processos relativos a eventos festivos, manifestei-me no sentido de que não há caracterização de dano ao erário nos casos em que, simultaneamente, o objeto foi cumprido (as bandas se apresentaram), o vínculo jurídico entre a banda e a empresa que a representou para o evento específico estava demonstrado, e não havia apontamento de contratação por preços injustificadamente superiores aos normalmente praticados pelas mesmas bandas, haja vista que constava dos autos parecer técnico em que o MTur expressamente afirmava: "os custos indicados no projeto são condizentes com o praticado no mercado local, tendo por base as propostas anexadas ao sistema" (peça 1, p. 23 a 26). Afirmação essa referenciada no parecer jurídico Conjur/MTur 751/2009 – item 'D' (peça 1, p. 36 a 37).

17. Em todos os convênios (eventos turísticos concedidos pelo MTur) até agora analisados, a Coordenação-Geral de Análise de Projetos do MTur aprovou, por meio de pareceres técnicos, os itens dos planos de trabalho propostos, o que contou com a chancela da unidade jurídica do órgão ministerial, que fez menção à aprovação da análise dos custos dos eventos constantes do plano de trabalho apresentado, como já dito anteriormente.

18. Em razão dessas aprovações tão semelhantes, passei a determinar, quando viável, a realização de diligências ao MTur para que encaminhasse a documentação que deu suporte à afirmação de que os preços propostos estavam de acordo com os preços de mercado, dado que era a presunção de veracidade dessa afirmação que impunha e validava os raciocínios de não comprovação de ocorrência de dano ao erário.

19. As respostas recebidas dão conta de que não havia documentos e análises que suportassem a afirmação de ter havido real análise de custos, desfazendo-se, assim, a presunção de que os preços constantes do plano de trabalho correspondiam aos preços de mercado praticados à época. Compatibilidade, portanto, que cabe aos responsáveis e beneficiários da contratação direta, sem licitação, demonstrarem.

20. Em todos os casos, sendo convenente uma entidade privada ou um município e nos quais os artistas tenham sido contratados sem licitação, não está presente, nos autos, comprovação de que os preços orçados pelas empresas representantes estavam em conformidade com os preços de mercado. Exigência tanto do art. 26 da Lei de Licitações, quanto do art. 46 da Portaria Interministerial 127/2008.

21. A inexistência de justificativa de preços já havia sido identificada pela Controladoria-Geral da União (CGU) em seu relatório de demandas externas (item 2.1.2.658 do RDE 00224.001217/2012-54, peça 1, p. 114 a 130), e foi motivo da citação do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto (item e, peça 21).

22. A justificativa de preços também era obrigação da ASBT quando da apresentação da prestação de contas, como exigido na alínea "a" do parágrafo segundo da cláusula décima terceira do convênio celebrado (peça 1, p. 52 e 53).

23. Da mesma forma como ocorreu em outros processos, faltam explicações para dois fatos centrais: por que a convenente, ASBT, entidade especializada em organizar eventos, não promoveu ela mesma a contratação direta das bandas, o que lhe propiciaria menores custos? Por que foi necessário contratar uma empresa representante, a qual, não era originalmente a representante exclusiva das bandas?

24. Registra-se que a própria ASBT havia declarado possuir capacidade técnica para realizar o evento (peça 12, p. 132).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62626869.

III

25. Para compreensão do caso, é imprescindível evidenciar a cronologia dos fatos desde a proposta de plano de trabalho até a contratação da empresa Sergipe Show Propaganda e Empreendimentos Ltda.

26. Em 30/4/2009 o Ministério do Turismo foi informado da destinação do valor de R$ 100.000,00 à ASBT para a realização do evento, por meio da emenda parlamentar 7040006 (peça 12, p. 112).

27. Em 2/6/2009, a ASBT apresenta proposta de plano de trabalho do convênio ao ministério, no valor de R$ 105.190,00, detalhando o cachê de cada artista nos exatos valores do convênio que viria a ser assinado (peça 12, p. 110).

28. Segue-se a sequência de datas em que foram fornecidas cartas de exclusividade à empresa Sergipe Show para comercializar a apresentação das bandas

29. Em 2/6/2009, a banda Forró Casanova, para apresentar-se na cidade de Umbaúba/SE no dia 23/6/2009 (peça 13, p. 64).

30. Em 4/6/2009, a banda Fogo na Saia, para apresentar-se no dia 24/6/2009 (peça 13, p. 74) e Banda Forró Fera Bandida, também para apresentar-se na mesma data (peça 13, p. 82).

31. Em 5/6/2009, a banda Rasga a Tanga, para apresentar-se no dia 24/6/2009 (peça 13, p. 85); e a banda Forró Zanzibar, para apresentar-se no dia 23/6/2009 (peça 13, p. 60).

32. Em 15/6/2009, banda Forró Tonelada de Amor, para apresentação no dia 23/6/2009 (peça 13, p. 68).

33. Em todas essas cartas de exclusividade não há qualquer estipulação de direitos e obrigações, bem como definição do valor a ser contratado ou da remuneração da pessoa jurídica que recebeu a exclusividade para tal comercialização. Sobre essa constatação, transcrevo excerto de minha declaração de voto no acórdão 1435/2017-TCU-Plenário:

> "10. Temos observado que os instrumentos jurídicos apresentados pelos representantes do artista ('empresários *ad hoc*'), denominados de 'autorização, atesto ou carta de exclusividade', são instrumentos jurídicos precários, que não se configuram propriamente como contratos, por não estarem devidamente definidos os poderes e direitos de representação, os deveres e obrigações das partes, entre eles: a clara especificação do objeto, a remuneração do contratado, os limites negociais (O empresário exclusivo está autorizado, em nome do artista, a cobrar qualquer valor? O valor a ser cobrado da entidade contratante abrange quais custos: hospedagem, alimentação, transporte de equipamentos, montagem do show?) e o valor a ser percebido pelo artista (não se espera que o artista celebre um 'contrato de exclusividade' para evento certo em que não se especifique o valor que lhe deverá ser repassado em razão de sua apresentação)."

34. Em 4/6/2009, a empresa Sergipe Show Propaganda e Empreendimentos Ltda. apresenta à ASBT "proposta de valores referente a apresentações artísticas pera o Festejos Juninos de Umbaúba, nos dias 23 e 24 de junho" (peça 13, p. 58).

35. Duas observações devem ser feitas neste ponto. A primeira é que na data da proposta, 4/6/2009, as bandas Rasga Tanga, Forró Zanzibar e Forró Tonelada de Amor, ainda não haviam qualificado a Sergipe Show como representante exclusivo para comercializar as respectivas apresentações no evento em Umbaúba.

36. A segunda é que, dois dias antes, em 2/6/2009, a ASBT já havia apresentado plano de trabalho com a especificação das bandas e dos valores das respectivas contratações.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62626869.

37. Em 22/6/2009, o convênio é assinado (peça 1, p. 40 a 57).

38. Na mesma data, 22/6/2009, a comissão especial de licitação da ASBT emite "justificativa de inexigibilidade de licitação", para os fins do art. 25, III, da Lei 8666/1993, na qual "vem justificar a inexigibilidade para contratar a empresa Sergipe Show Propaganda e Empreendimentos Ltda." (peça 13, p. 54).

39. Nesse último documento não há justificativa para o preço da contratação, que é exatamente o valor previsto no plano de trabalho para cada apresentação artística, no total de R$ 94.000,00.

40. Ainda na mesma data, 22/6/2009, o contrato entre a ASBT e a empresa Sergipe Show Propaganda e Empreendimentos Ltda. é assinado (peça 13, p. 90 a 94).

41. Essa sequência cronológica demonstra que o valor a ser pago pela apresentação das bandas foi definido pelo valor disponível no plano de trabalho, e não pelos valores praticados pelos artistas com outras demandantes ou pelo mercado local, como exigia a portaria interministerial então vigente.

42. A evidenciação, pela CGU, de indícios de simulação de preços e de concorrência no processo da contratação da empresa (item 2.1.2.661, do RDE 00224.001217/2012-54, peça 1, p. 114 a 130) corrobora essa conclusão.

43. A CGU demonstrou a diferença entre os valores pagos à Sergipe Show e os recebidos pelas bandas, a título de cachê (item 2.1.2.659 do RDE 00224.001217/2012-54, peça 1, p. 114 a 130), diferença que foi um dos motivos da citação do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto (item g, peça 21).

44. Todo esse contexto, revela e permite a conclusão de que a diferença entre o valor recebido pela Sergipe Show e o que destinou às bandas configura-se como pagamento similar a taxa de administração, em desacordo ao convênio assinado (peça 13, p.30, item "I" da cláusula décima sétima), e suscetível de glosa, o que, também, foi motivo de citação do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto (item d, peça 21).

45. Especificamente sobre essa diferença cabe destacar que a banda Forró Fera Bandida, em resposta a mandado de intimação emitido pela Justiça Federal, confirmou a tratativa com a ASBT:

> "A participação da Forró Fera Bandida Ltda. foi feita através de contrato verbal. Os valores eram acordados previamente com a ASBT - Associação Sergipana de Blocos de Trio e Outros, dando a esta, livre arbítrio para negociar com terreiros, inclusive comercializar com preço diferenciado e superior ao resolvido por acordo, com objetivo de lucro e divulgação da banda em comento" (peça 12, p. 7).

46. Instado a se defender dessas irregularidades (peça 21), o responsável apresentou suas alegações (peça 25).

47. Em relação à divergência de preços, o Sr. Lourival limitou-se a dizer que "a comprovação, perante o Ministério do Turismo, se deu por meio de documentos fiscais idôneos e contratos celebrados com as empresas intermediárias, nos termos conveniados" (peça 25, p.5).

48. No tocante à intermediação, o responsável aduz que "as cartas de exclusividades apresentadas para o dia e local do evento, foram assinadas por seus empresários exclusivos, e o orçamento apresentado foi assinado pela empresa intermediária, o que implica dizer que a área técnica sabia, muito antes de aprovar o plano de trabalho, que se tratava de intermediação" (peça 25, p. 5).

49. Quanto a inexistência de justificativa para os preços pagos na contratação direta, sem licitação ou cotação de preços, que é questão central na apuração de dano ao erário, por superfaturamento ou pagamento de despesa vedada (taxa de administração ou similar), o responsável manteve-se silente.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62626869.

50. A empresa Sergipe Show Propaganda e Empreendimentos Ltda. também se manteve silente, devendo, assim, deve ser considerada revel, dando-se prosseguimento ao processo, em conformidade com o art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992.

51. Em síntese, o que foi exposto demonstra que os responsáveis não comprovaram que o preço pago à empresa Sergipe Show, contratada sem licitação, era compatível com preços praticados pelas bandas com outros contratantes, que são considerados, neste processo, como sendo equivalentes aos valores recebidos pelas bandas, porquanto valores que, presumidamente, seriam por elas cobrados se fossem contratadas diretamente, sem intermediação, injustificada, de representante exclusiva *ad hoc*.

52. Tal diferença, desse modo, caracteriza tanto a ocorrência de superfaturamento como de despesa equivalente a taxa de administração, vedada; ambas ocorrências geradoras de dano ao erário, razão pela qual devem ser condenados em débito, solidariamente, a ASBT, o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e a referida empresa intermediária.

53. Ademais devem ser aplicadas aos responsáveis, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

54. Registro, oportunamente, que a empresa Sergipe Show Propaganda e Empreendimentos Ltda. se encontra no CNPJ na situação de "inapto", o que, no entanto, não a impede de responder por suas dívidas.

Diante do exposto, manifesto-me pela aprovação do acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de novembro de 2019.

WEDER DE OLIVEIRA
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 62626869.