

## Proposta de Deliberação

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo (MTur) em que foram arrolados como responsáveis a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e seu presidente, Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, em razão da não aprovação da prestação de contas do convênio 140/2010 (Siconv 732318), cujo objeto foi incentivar o turismo interno por meio do apoio à realização do evento: “4º Tô a Toa Fest”, no município de Nossa Senhora da Glória/SE, em 17/4/2010, por impugnação total das despesas, em razão das análises reportadas a seguir.

2. O valor do ajuste foi estabelecido em R\$ 105.000,00, dos quais R\$ 100.000,00 foram repassados pelo concedente, em 29/6/2010, e o restante, R\$ 5.000,00, correspondeu à contrapartida da conveniente aportada na conta da avença, em 15/5/2010 (peça 30, p. 73), e a vigência perdurou no período de 16/4/2010 a 18/8/2010.

3. A nota técnica de análise financeira 532/2014 registrou as seguintes constatações, entre outras, do relatório de demandas especiais 00224.001217/2012-54 da Controladoria-Geral da União, que serviram de motivo para a reprovação da prestação de contas e instauração desta TCE (peça 1, p. 122):

“No relatório de demandas externas da CGU número 00224.001217/2012-54 (fl. 260) foi apontado o mesmo problema: ‘Ausência de justificativa de preços na inexigibilidade de licitação realizada pela ASBT’. Cabe destacar o que dispõe o Acórdão 819/2005-TCU-Plenário: ‘quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, específicos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com que contrata para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/1993’. Assim, o orçamento apresentado não permite verificar se o valor contratado é compatível com o cachê cobrado pelas bandas/grupos musicais em outras apresentações artísticas análogas.

Outro apontamento foi a realização de cotação prévia de preços em que as três empresas participantes não possuem funcionários declarados na RAIS e cujos sócios/proprietários são beneficiários de programa de transferência de renda (fl. 273), sendo constatado uma aparente cotação de preços, o conveniente foi questionado sobre tais fatos, porém, seus argumentos não foram aceitos. Desta forma, evidenciado desacordo com que preceitua o art. 45 da Portaria Interministerial 127/2008 (...)” (não grifado no original).

4. Neste Tribunal, a primeira citação chamou a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e seu presidente, Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, pelas seguintes irregularidades (peças 9 e 10):

“(a) contratação irregular da empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda. (CNPJ 06.172.903/0001-36) 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) 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 empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda foram realmente utilizados na consecução do objeto pactuado;

(c) ausência de publicidade devida dos extratos dos contratos 20 e 21/2010, conforme arts. 26 e 61 da Lei 8.666/1993;

(d) divergência entre os valores contratados e os efetivamente recebidos pelas bandas a título de cachê; e

(e) não comprovação da aplicação dos recursos da contrapartida do conveniente e do recebimento dos cachês pelas bandas/artistas musicais.”

5. As alegações de defesa dos responsáveis arrolados foram assim sintetizadas na instrução de peça 31 da então Secretaria de Controle Externo em Sergipe (Secex-SE):

“17.1. Alegações de defesa apresentadas pela entidade e pelo gestor com o mesmo teor, em peças distintas (peças 13 e 14), em 13/7/2016:

17.1.1. Preliminarmente, o responsável argumentou que a entidade convenente, por ser uma entidade privada, não pertencente à administração pública, não estava obrigada a realizar procedimento licitatório com base na Lei 8.666/1993, ainda que se obrigasse a observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, conforme inteligência contida no artigo 11 do Decreto 6.170/2007 e no artigo 45 da Portaria Interministerial 127/2008, para em seguida aditar que o processo licitatório burocratizaria, engessaria e encareceria o objeto a ser contratado, inviabilizando os convênios firmados com entidades privadas.

17.1.2. Mais adiante alegou que a Portaria Interministerial 150/2007/MPOG estabeleceu que não se aplica em sua amplitude a Lei 8.666/1993, a Lei 10.520/2005 e o Decreto 5.450/2005, para os convênios ou instrumentos congêneres firmados com entidades privadas sem fins lucrativos.

17.1.3. Não obstante esse entendimento, o responsável aduziu que adotou o termo inexigibilidade de licitação e que, diante da apresentação de documentos que demonstravam que a intermediação dos shows artísticos nas datas especificadas no plano de trabalho era de exclusividade de uma empresa, a área técnica do concedente aprovou o plano de trabalho sem exigir outras propostas, em consonância com entendimento expresso na Cláusula Terceira, II, ‘oo’ do termo do convênio, a seguir transcrito:

oo) apresentar na prestação de contas, quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993, atualizada, por meio de intermediários ou representantes, cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório, sob pena de glosa dos valores envolvidos. Ressalta-se que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento, conforme dispõe o Acórdão 96/2008 - Plenário do TCU;

17.1.4. Aduziu, ainda, que equipe técnica do concedente, conforme disposição contida na cláusula terceira, inciso II, alínea “oo” do termo de convênio e interpretando o Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, ao receber a documentação para aprovação da proposta (orçamento e carta de exclusividade), antes mesmo de aprovar o plano de trabalho, tomou ciência da intermediação e orientou a convenente a apresentar apenas o orçamento da empresa que detinha a exclusividade com data e local específicos. Assim, a contratação de artista por intermediação ocorreria mediante inexigibilidade, não havendo necessidade de cotação prévia aplicada às entidades sem fins lucrativos para os casos em que houvesse a possibilidade de competição, comprovando-se assim também que os custos condiziam com os praticados no mercado.

17.1.5. Assim, entende o responsável que a representação exclusiva constante da prestação de contas validou as cartas de exclusividade para o dia do evento, estando cumprido o procedimento exigido pelo concedente.

17.1.6. Cita também jurisprudência deste Tribunal que corroboraria os entendimentos de que as entidades privadas não estariam obrigadas a observar *in totum* os dispositivos da Lei 8.666/1993 (Acórdão 1.777/2005-TCU-Plenário); ou que por se tratar de entidade de natureza privada prevaleceria o princípio constitucional consignado no art. 5º, inciso II da CF, segundo o qual ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da lei’ (Acórdão 1.508/2008-TCU-Plenário); ou ainda que aplicação da Lei 8.666/1993 ocorreria quando coubesse (Acórdão 1.070/2003-Plenário, com a redação conferida pelo Acórdão 353/2005-TCU-Plenário).

17.1.7. Ao final, conclui que foi cumprida ‘de boa fé, de forma rigorosa, toda orientação e exigência da área técnica para formalização e execução do convênio em tela’, ficando comprovada a sua execução e quitação, não ficando constatada a ocorrência de lesão ao erário, valendo-se nesse sentido de transcrição de partes do relatório que teria fundamentado o Acórdão 5.662/2014-TCU-

Plenário, a seguir transcritos:

5. (...) nos casos em que restasse comprovada a ausência de contratos de exclusividade entre a sociedade contratada pelo conveniente e os artistas/ bandas, tal constatação tornaria irregular a contratação por inexigibilidade de licitação, pois tais documentos seriam imprescindíveis para caracterizar a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, inciso HI, da Lei 8.666/1996(cf. item 14 do voto proferido pelo Ministro Bruno Dantas)

6. Essa irregularidade justificaria a aplicação de multa ao responsável, mas não seria suficiente para caracterizar a ocorrência de débito. Conforme item 15 do voto condutor do Acórdão 5.662/2014 - TCU – 1ª Câmara.” (não grifado no original)

6. Após análise das alegações de defesa e do saneamento do processo, a Secex-SE propôs, em essência, julgar irregulares as contas do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e da Associação Sergipana de Blocos de Trio, condenando-os solidariamente em débito no valor de R\$ 80.952,38 e aplicando-lhes multa individual, baseando sua proposta nas seguintes conclusões:

#### “CONCLUSÃO

36. Tendo sido realizada a diligência determinada por meio do despacho à peça 20, restou evidenciado que, apesar da afirmação contida no Parecer Técnico 284/2010 (peça 1, p. 23-26), no sentido de que os custos do projeto eram condizentes com os praticados no mercado local, o MTur não realizou a devida análise de custos da proposta do Convênio 140/2010 (Siconv 732318).

37. Nada obstante a constatação supra, com base no Acórdão 2.235/2014-TCU-Plenário (TC [028.227/2011-5](#); relatoria do Ministro Benjamin Zymler), deixou-se de propor apenação dos técnicos do MTur responsável pelo referido parecer.

38. Ademais, não havendo elementos novos aos autos capazes de alterar o exame anterior dos presentes autos, concluiu-se por ratificar a proposta de mérito constante na instrução precedente (peça 15), no sentido de julgar irregulares as contas do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e da Associação Sergipana de Blocos de Trio, imputando-lhes, solidariamente, o débito de R\$ 80.952,38, referente às despesas não aprovadas referentes ao pagamento das bandas Flavinho e os Barões, Psico da Galera e Balanço da Boiada, proporcionalmente ao total dos recursos repassados por meio do Convênio 140/2010 (Siconv 732318), conforme detalhamento a seguir:

Valor total do convênio: R\$ 105.000,00		%	Despesa reprovada: R\$ 85.000,00
Valor Concedente (R\$):	100.000,00	95,24%	80.952,38
Valor Contrapartida (R\$):	5.000,00	4,76%	4.047,62

39. A responsabilização do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto advém das seguintes condutas: (a) contratou irregularmente a empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda. 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, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler; (b) não demonstrou o 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 empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda. foram realmente utilizados na consecução do objeto pactuado; (c) não garantiu as eficácias dos contratos 20 e 21/2010, com a publicação devida, conforme arts. 26 e 61, parágrafo único, da Lei 8.666/1993; (d) efetuiu pagamentos à empresa intermediária em valores maiores aos que efetivamente receberam os artistas contratados, ocasionando dano ao erário no montante de R\$ 11.000,00; (e) não comprovou a aplicação dos recursos da contrapartida do conveniente e o recebimento dos cachês pelas bandas/artistas musicais; o que propiciaram a não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos, dando causa ao dano ao erário, obrigando-se, portanto, à sua reparação.

40. A responsabilização da ASBT decorreu do não atendimento da conveniente às obrigações contidas na alínea ‘oo’ do inciso II da cláusula terceira do convênio em apreço e no

subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, pois os valores pagos mediante contrato de exclusividade inapto constituíram aplicação dos recursos em desacordo com o plano de trabalho; não observância ao disposto nos arts. 26 e 61, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e à jurisprudência deste Tribunal, ante a ausência de publicidade devida dos extratos dos contratos 20 e 21/2010; e do não atendimento ao contido na alínea 'II' do inciso II da cláusula terceira do termo de convênio, pois os pagamentos de intermediação à empresa contratada constituíram pagamentos a título de taxa de administração, de gerência ou similar.” (Não grifado no original)

7. O Ministério Público junto a este Tribunal (MP/TCU), representado pelo subprocurador-geral Lucas Rocha Furtado, na primeira e segunda manifestações nestes autos, concordou com a proposta da unidade instrutiva (peças 18 e 34).

## II

8. Este processo assumiu novo e importante direcionamento decorrente de informações coligidas em diligência por mim determinada ao Ministério do Turismo, em março de 2017. É isso que abordarei inicialmente.

9. Em diversos processos sobre realização de 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), não houve apontamento de contratação por preços injustificadamente superiores aos normalmente praticados pelas mesmas bandas, haja vista que nesses processos constava parecer técnico em que o MTur expressamente se manifesta nesse sentido (“Isto posto, julgamos oportuna a aprovação, considerando que os custos indicados no projeto, são condizentes com o praticado no mercado local, tendo por base as propostas anexadas ao sistema apresentadas e já atestados.”), e nos quais havia comprovação de vínculo jurídico entre a banda e a empresa que a representou para o evento específico.

10. Comprovadas as duas primeiras premissas, o fato de a relação jurídica entre a banda e a empresa que a representou ter sido estabelecida para evento específico (o que, segundo outra linha de entendimento, afrontaria as exigências da Lei 8666/1993 para contratação de artistas) não se mostrava, a meu ver, como elemento suficiente para caracterizar quebra donexo causal entre o uso dos recursos federais e a execução do objeto, fundamento para imputação de dano ao erário.

11. A resposta à consulta formulada pelo Ministro do Turismo firmada no acórdão 1435/2017-Plenário alinhou-se a esse entendimento:

“9.1. conhecer da consulta, por atender aos requisitos de admissibilidade;

9.2. responder ao consulente que:

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.” (não grifado no original)

12. Segundo se pode deduzir do mencionado acórdão, o dano ao erário ocorrerá (i) quando o evento objeto do convênio não for executado; (ii) for caracterizado superfaturamento; ou; (iii) não for demonstrado que os recursos públicos foram destinados ao pagamento do contratado (no caso, o profissional do setor artístico). O modo de comprovação da “exclusividade de representação”, referida no art. 25, III, da Lei 8.666/1993, não deveria ser o ponto central da análise da ocorrência de dano ao erário.

13. No caso concreto, à época dos fatos, a norma aplicável às contratações de artistas pelos convenentes, entidades privadas sem fins lucrativos, não seria o art. 25, III da Lei de Licitações, mas o art. 46, II, da Portaria Interministerial 127/2008, vigente à época do convênio:

“Art. 45. Para a aquisição de bens e contratação de serviços com recursos de órgãos ou entidades da Administração Pública federal, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

(...)

Art. 46. A cotação prévia de preços prevista no art. 11 do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, será realizada por intermédio do SICONV, conforme os seguintes procedimentos:

(...)

II - quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar tão-só os preços que aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes.” (não grifados no original)

14. Nessa situação, exigia-se para a contratação, em termos de valores, o confronto do preço cobrado pelo artista/banda com os preços que o profissional (diretamente ou por intermédio de seu representante legal) já praticara com outros demandantes.

15. Neste processo, tal como em muitos outros, a Coordenação-Geral de Análise de Projetos do MTur, por meio do parecer técnico 284/2010, aprovou a proposição de convênio, incluído o plano de aplicação detalhado, no qual foram preestabelecidos pela ASBT os seguintes itens de custos e atrações/shows para o evento proposto (peça 1, p. 13-15):

Item	Valor Previsto (R\$)	Data/duração
Sonorização	8.000,00	17/4
Gerador	2.500,00	
Banda Forroço Balanço da Boiada	20.000,00	17/4, 2:00 horas
Banda Psicó da Galera	20.000,00	17/4, 2:00 horas
Flavinho e os Barões	45.000,00	17/4, 2:30 horas
Total	105.000,00	

16. Entre outros requisitos examinados, necessários à aprovação do ajuste, constou do referido parecer técnico (peça 1, p. 23) a conclusão abaixo, que foi considerada no parecer Conjur/MTur 303/2010 – item “D” análise dos custos especificados no plano de trabalho (peça 1, p. 36-37):

“Isto posto, julgamos oportuna a aprovação, considerando que os custos indicados no projeto, são condizentes com o praticado no mercado local, tendo por base as propostas anexadas ao sistema apresentadas e já atestados.” (não grifados no original)

17. Na proposta de deliberação do acórdão 5070/2016-1ª Câmara, registrei que, em contratações diretas de profissional do setor artístico, as atenções devem se concentrar na pertinência da escolha do profissional em relação à natureza e ao porte do evento e na razoabilidade do valor da contratação em relação ao mercado:

“A apresentação dos referidos documentos e não do contrato de exclusividade celebrado entre o convenente e os empresários exclusivos das bandas, conforme previsto na cláusula terceira, II, ‘oo’, do ajuste (peça 1, p. 36) constitui impropriedade formal, por descumprimento de cláusula convenial. No entanto, essa falha, por si só, não é capaz de caracterizar prejuízo ao erário, conforme entendimento contido nos acórdãos 5662/2014, 5156/2015, 6730/2015, 7471/2015, 671/2016, 2465/2016, 2490/2016 e 2821/2016, todos da 1ª Câmara deste Tribunal.

Da constatação da ocorrência de irregularidades na contratação não deriva, automaticamente, conclusão de existência de dano. Ainda que a apresentação dos contratos de exclusividade dos artistas com o empresário contratado tenha sido requerida, sob pena de glosa dos recursos repassados, essa exigência, por si só, é inapta a caracterizar prejuízo ao erário, especialmente no presente caso, em que o concedente atestou a realização do objeto conveniado.

Em contratações diretas, por inexigibilidade, de profissional do setor artístico, as atenções devem se concentrar, preliminarmente, no escrutínio de dois pontos fundamentais e mais relevantes.

Primeiramente, a pertinência da escolha do profissional em relação à natureza e porte do evento em que se apresentará. Cito como exemplo os questionamentos suscitados pelo Ministério Público de Contas do Tribunal de Contas do Estado do Ceará quanto à contratação da cantora Ivete Sangalo, por R\$ 600.000,00, para que ‘fizesse show na inauguração de um hospital em Sobral’, no estado do Ceará, em janeiro de 2013.

Em segundo lugar, a razoabilidade do valor da contratação em relação ao mercado. Mais do que na forma de comprovação da exclusividade para fins de caracterização de situação de inexigibilidade, o foco das preocupações e das ações tanto do ministério transferidor dos recursos quanto desta Corte de Contas deve estar nas verificações, nos controles e nas investigações relacionadas a esses potenciais geradores de dano ao erário, por antieconomicidade ou por superfaturamento.

No caso em exame, não há registro de questionamentos sobre a razoabilidade de escolha dos profissionais do setor artístico para apresentação no evento. Tampouco há razão para fazê-lo agora. Além disso, não há questionamentos sobre os preços das contratações, que não excederam, no seu conjunto, o valor fixado no plano de trabalho.

O rol de irregularidades que tem sido examinado nesta Corte sugere questionamentos sobre a legitimidade da destinação de recursos públicos, cada vez mais disputados, a muitos desses eventos. Questiona-se se não haveria alocação mais útil à sociedade.

Esquemas de fraude na contratação de show de artistas consagrados têm sido denunciados. No entanto, não será da forma como muitas das prestações de contas desses convênios têm sido examinadas que desvios, fraudes, ilegalidades serão detectados tempestivamente. Não será instaurando tomadas de contas especiais embasadas apenas na forma de comprovação da exclusividade concedida pelos artistas que esse combate será mais efetivo.

Nos autos desses processos não constam exames de ocorrência de sobrepreço em relação aos preços usualmente cobrados, o que é o maior dos problemas em contratações diretas, nem são lançadas dúvidas sobre a veracidade da exclusividade declarada pelo artista (diretamente, ou por sua empresa ou por seu empresário), até porque a apresentação foi realizada pelo próprio artista e não se deu notícia de que qualquer outra empresa tenha se apresentado como representante exclusiva para aquele evento ou qualquer outro evento em qualquer lugar do país. Tão somente discute-se a adequação do instrumento de que se valeu o artista.

Esta Corte tem sido movimentada desnecessariamente, em tomada de contas especiais, despendendo valiosíssimo tempo, para lidar com irregularidades formais de menor monta, em

casos em que sequer se demonstrou ter derivado dano ao erário dessas impropriedades, enquanto, de outro lado, pelo que se denuncia nos meios de comunicação, as maiores irregularidades estão ainda por ser desveladas, apuradas e sancionadas.

A fiscalização da celebração e execução desses convênios deve ser mais rigorosa e inteligente do que a forma como até o momento tem sido feita.

Falhas nessa fiscalização não podem ser comodamente supridas pela imputação de dano cuja existência não se demonstrou, como fez o agente instaurador da TCE, nem deve, a meu juízo, conduzir à aplicação de multa por impropriedade formal estritamente referenciada em cláusula de convênio, e cujo potencial lesivo à ordem jurídica, mínimo, não se qualifica como grave, para, nos termos do art. 58, dar ensejo à sanção pecuniária, posto que a exclusividade foi concedida (e nada a esse respeito foi questionado), embora não pela forma que o convênio, e não a lei, reputou como estritamente necessário. Não há, também, apontamentos sobre os riscos que poderiam advir para a realização do objeto em razão de tal impropriedade, nem de ter havido, em razão dela, contratação por preço superior ao de mercado ou qualquer prejuízo para a boa realização do evento”(...)

18. Desse modo, para os processos dessa temática sob minha relatoria, passei a determinar 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 a presunção de veracidade dessa afirmação impunha e validava os raciocínios de não comprovação de ocorrência de dano ao erário.

19. O despacho que ordenou as diligências foi exarado, em 31/3/2017, nos seguintes termos (peça 20):

“Coordenação-Geral de Análise de Projetos do MTur, por meio do parecer técnico 284/2010, aprovou a proposição de convênio, incluído o plano de aplicação detalhado, no qual foram preestabelecidos pela ASBT os seguintes itens de custos e atrações/shows para o evento proposto (peça 1, p. 13-15):

Item	Valor Previsto (R\$)	Data/duração
Sonorização	8.000,00	17/4
Gerador	2.500,00	
Banda Forrozão Balanço da Boiada	20.000,00	17/4, 2:00 horas
Banda Pscico da Galera	20.000,00	17/4, 2:00 horas
Flavinho e os Barões	45.000,00	17/4, 2:30 horas
Total	105.000,00	

Entre outros requisitos examinados, necessários à aprovação do ajuste, constou do referido parecer técnico (peça 1, p. 23) a conclusão abaixo, que foi considerada no parecer Conjur/MTur 303/2010 – item ‘D’ análise dos custos especificados no plano de trabalho (peça 1, p. 36-37):

‘Isto posto, julgamos oportuna a aprovação, considerando que os custos indicados no projeto, são condizentes com o praticado no mercado local, tendo por base as propostas anexadas ao sistema apresentadas e já atestados.’ (não grifados no original)

Embora as irregularidades ensejadoras desta TCE estejam afetas, inclusive, aos preços pagos às empresas/artistas contratados, observei que não foram carreados ao processo os elementos balizadores dos itens orçados pela ASBT, objeto de análise pelo MTur e que serviram de base à aprovação do convênio em questão).

Ante o exposto, determino a realização de diligência ao Ministério do Turismo para que encaminhe as evidências e os documentos apresentados pela ASBT, na ocasião da proposição à celebração de convênio, bem como os documentos e análises que serviram de suporte para o MTur afirmar/concluir que ‘os custos indicados no projeto são condizentes com os praticados no mercado local, tendo por base as propostas anexadas ao sistema apresentadas e já atestadas’, ou seja, que o valor a ser despendido para a contratação de

cada atração artística (Banda Forrozão Balanço da Boiada, R\$ 20.000,00; Banda Pscico da Galera, R\$ 20.000,00; e Flavinho e os Barões, R\$ 45.000,00) era compatível com os preços praticados/observados no mercado local à época da celebração do convênio.”

20. Em resposta, por meio do ofício 569/2017-AECI/MTur, recebemos manifestação da Coordenação-Geral de Eventos Turísticos de teor assertivo (peça 29, p. 1-3):

“Informamos que após análise da documentação anexada à época no SICONV e nos autos do processo (...) não foram encontradas evidências tampouco documentações balizadoras para uma análise de custos, não sendo possível apontar com exatidão o indicativo que levou a gestão anterior à aprovação da proposta afirmando que os custos indicados no Projeto estão condizentes com o praticado no mercado local.

Entretanto, mesmo concluindo que não há documentação indicativas da análise de custos é possível aferir, através do próprio Parecer Técnico nº 284/2010 que a Gestão anterior considerava o orçamento apresentado pela empresa como documentação de análise de custos, visto que o Proponente ‘atestava’ esse orçamento:

‘Isto posto, julgamos oportuna a aprovação, considerando que os custos indicados no Projeto são condizentes com o praticado no mercado local, tendo por base as propostas anexadas ao sistema apresentados e já atestados...’ (extraído do Parecer Técnico supracitado)’

As únicas documentações de análise que são consideradas como suporte para a conclusão apresentada à época são o Parecer Técnico nº 284/2010 (fls. 09 a 12) da extinta Coordenação-Geral de Análise de Projetos (CGAP), que era a responsável pelo banco de dados de análise de custos, exigido pela Portaria Ministerial 153 de 2009 em seu artigo 18, bem como o Parecer da CONJUR/MTur nº 303/2010 (fls. 16 a 28) fundado nos apontamentos daquele Parecer Técnico.”

21. A resposta dada pelo MTur desfaz a presunção de que os preços constantes do plano de trabalho correspondiam aos preços de mercado que até então existiam nestes autos. O MTur foi assertivo e peremptório: “não há documentação indicativa da análise de custo”.

22. Tal fato novo, surgido de nova linha de investigação, aliado aos demais que já se conhece, altera a compreensão sobre a atuação da empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda., que se apresentou perante a ABST como representante das bandas e foi por ela contratada.

23. Nos termos do art. 46 da Portaria Interministerial 127/2008, ou mesmo do art. 26 da Lei de Licitações, cabia à ASBT, como conveniente, comprovar que os preços orçados pela Guguzinho Promoções e Eventos Ltda. estavam em conformidade com os preços que as bandas praticaram com outros demandantes. Exigência que, em outros termos, corresponderia à justificação de preços de que trata o art. 26 da Lei de Licitações.

24. Isso não está presente nos autos.

25. Nesse novo contexto, a comprovação de que as bandas receberam valor inferior ao recebido pela empresa constituída como sua representante (Guguzinho) corresponde a robusta evidência de que os reais valores cobrados por elas foram aqueles que efetivamente receberam, dado que a presunção de ser o valor proposto no plano de trabalho compatível com o preço de mercado (em razão da afirmação oficial constante dos autos) foi elidida pela resposta do MTur à diligência realizada. A diferença corresponde a superfaturamento.

26. Agora, o que se tem é a ocorrência de dano ao erário por superfaturamento e não por falta denexo decorrente de contratação direta calcada em “carta de exclusividade” para evento certo.

27. O que se deduz de todo o conjunto documental é que os preços da apresentação das bandas consignados no plano de trabalho foram definidos de modo a permitir que o valor total do convênio correspondesse ao valor integral da emenda parlamentar destinada à realização do evento: “Informe que o empenho, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) deverá ocorrer na funcional programática

23.695.1166.4620.0092 - Emenda Individual (...) - Natureza da despesa 335041 - Fonte 0100, desde que haja disponibilidade orçamentária nesta rubrica” (vide peça 1, p. 26).

28. Se os preços consignados no plano de trabalho correspondessem realmente aos preços cobrados pelas bandas, não haveria muito com o que se preocupar. Mas se as bandas cobrassem preços menores, como de fato cobraram, a diferença poderia ser apropriada, se algum arranjo fosse utilizado para esse fim, o que efetivamente ocorreu, mediante a não justificada inserção da empresa Guguzinho no processo de contratação das bandas.

29. A presença de um intermediário, como a Guguzinho, viabilizaria a apropriação da diferença entre os valores informados no plano de trabalho e o preço real cobrado pelas bandas: em vez de a banda cobrar o preço real da ASBT (hipótese que inviabilizaria essa apropriação, pois estariam consignados no plano de trabalho valores menores), cobraria o preço real da Guguzinho, que cobraria da ASBT aquele preço mais a margem necessária para se chegar aos preços definidos no plano de trabalho.

30. Como se observa nos documentos de representação legal presentes nestes autos (cartas de exclusividade, atestado de exclusividade, cessão de direitos), não há, como mencionei em minha declaração de voto no acórdão 1435/2017-TCU-Plenário, estipulação de direitos e obrigações, nem indicação de que isso tenha sido definido de modo informal:

“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 especifique o valor que lhe deverá ser repassado em razão de sua apresentação).”

31. Em nenhum momento está estipulado nesses documentos que a Guguzinho incorreria em custos com transporte, hospedagem e demais encargos atinentes à apresentação da banda. Tão somente foi constituída como representante exclusiva da banda para aquele evento.

32. No contexto que agora se revela, ante a resposta do MTur informando que nada existe comprovando que os preços estabelecidos no plano de trabalho correspondem aos preços efetivamente cobrados pelas bandas, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, as omissões observadas no documento de representação deixam de ser percebidas como falhas e passam a ser evidências de que não se referiam a efetiva e verdadeira atividade de representação.

33. Essa conclusão é corroborada pela inexistência de explicações para dois fatos centrais nesse novo contexto: 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 a empresa Guguzinho, que não era originalmente a representante exclusiva das bandas?

34. A precariedade dos documentos de representação, bem como a cronologia dos eventos robustecem essa narrativa, que foi replicada em dezenas de outros eventos: as bandas aceitaram constituir a empresa Guguzinho como sua representante exclusiva para o evento, quando poderiam ter sido contratadas diretamente pela ASBT, se essa assim desejasse, dado que a Guguzinho não era empresário exclusivo, preexistente. E, assim, viabilizaram a contratação do intermediário necessário à apropriação da diferença entre o valor autorizado no convênio e aquele efetivamente destinado ao pagamento dos valores reais cobrados pelas bandas.

35. Essa prática de contratar empresas para realizar os eventos foi utilizada em todos os convênios em que a ASBT figurou como conveniente, e que foram objetos de tomadas de contas especiais autuadas neste Tribunal (cerca de 72). Em sete desses processos, foram celebrados contratos entre a ASBT e a empresa Guguzinho.

36. Havia suscitado essa narrativa em outros momentos e a deixei por última vez registrada no voto complementar integrante do acórdão 1758/2018-TCU-1ª Câmara:

“19. Essa linha de investigação e de entendimentos adotada pelo Ministro Benjamin Zymler vão, a propósito, na mesma direção das balizas que suscitei na minha proposta de deliberação proferida em relação ao voto do primeiro revisor, Ministro Walton de Alencar Rodrigues, na qual não havia vislumbrado dano ao erário ante os entendimentos tabulados no acórdão 1435/2017-TCU-Plenário (consulta MTur), em vista dos elementos do processo que indicavam a realização do evento, a inexistência de discussão de superfaturamento e a apresentação de documentos que vinculação a apresentação dos artistas/bandas à empresa que recebeu o pagamento (cartas de exclusividade/cessão de direitos), mediante a emissão do devido documento fiscal. No entanto, bem destaquei o contexto em que o dano ao erário poderia vir a ser caracterizado, mas que não estava noticiado e muito menos caracterizado nos autos:

‘19. Mas pode-se vislumbrar que poderia ocorrer no contexto a seguir, que não foi absolutamente reportado nestes autos, mas pode vir a ser comprovado em investigação policial, conduzida pelo Ministério Público Federal e/ou Polícia Federal.

20. O contexto hipotético seria: teria havido conluio envolvendo as bandas, obrigatoriamente com seus empresários exclusivos (cessão de direitos e/ou ‘cartas de exclusividade’), qualificados como representante exclusivo para os fins de apresentação no evento objeto do convênio, a ASBT e agentes do Ministério do Turismo que aprovaram o plano de trabalho, no qual estão previstas expressamente as apresentações das bandas, com consignação expressa de que os valores correspondem aos preços de mercado.

21. Por meio desse conluio, as bandas autorizariam seus representantes exclusivos a firmarem contratos por valores superiores aos que normalmente cobrariam, se não estivessem participando do conluio, de forma a permitir que essa parcela ‘excedente’, ilícita, pudesse ser repartida entre os demais envolvidos, em prejuízo do erário.

22. Essa me parece ser a melhor hipótese de configuração de dano ao erário nesses casos. Mas, infelizmente, isso sequer está cogitado nestes autos.

23. Também não se noticia nos autos, nem chegou ao conhecimento deste relator, que o Ministério Público Federal ou a Polícia Federal estejam realizando tal investigação e, caso estejam, se já expediram relatórios conclusivos.

(...)”

37. A falha da articulação jurídico-formal engendrada pela ASBT reside em algo que ainda não havia sido devidamente demandado: a comprovação da compatibilidade do preço cobrado pela Guguzinho (e, conseqüentemente, imputado ao convênio) com os preços cobrados pelas bandas de outros demandantes, em consonância com o mencionado art. 46, II, da Portaria Interministerial 127/2008, ou mesmo com o art. 26 da Lei 8.666/1993.

### III

38. Na medida em que não há elementos no MTur nem no Siconv que possam justificar a adequação dos valores dos “shows” previstos no plano de trabalho, rompeu-se a presunção de legitimidade dos atestos e dos pareceres do ministério acerca da compatibilidade dos preços das bandas/artistas apresentados pela ASBT quando da proposição da celebração do convênio.

39. A adequação documentada dos preços dos shows não foi justificada quando da propositura do convênio, tampouco nas alegações de defesa encaminhadas pelos responsáveis.

40. No caso em exame, a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) (entidade conveniente e especializada no ramo de eventos festivos) poderia ter contratado as bandas/artistas diretamente ou por meio dos representantes exclusivos, mas, para realizar o objeto do convênio, contratou a firma Guguzinho Promoções e Eventos Ltda., beneficiária das cartas de exclusividade temporárias para dia e evento certo, fornecidas por aqueles que se designavam (por contratos de cessão exclusiva) representantes exclusivos das bandas Pscico da Galera, Flavinho e os Barões, e Forrozão Balanço da Boiada (peça 30, p. 17-28).

41. No anexo I, demonstra-se a cronologia dos fatos desde a proposição do convênio até os pagamentos das bandas/artistas que se apresentaram no evento festivo.

42. A proposta de convênio foi apresentada pela ASBT em 8/3/2010, mesma data do orçamento da empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda. A aprovação técnica pelo MTur ocorreu em 14/4/2010, o parecer jurídico emitido em 16/4/2010 e na mesma data a celebração do convênio.

43. Note-se que a representação de exclusividade foi passada (em abril/2010) depois de a empresa Guguzinho ter apresentado à ASBT proposta comercial como representante dessas bandas (março/2010).

44. Verifica-se, também, que as bandas/artistas assinaram os recibos de pagamentos (peça 30, p.66-68) no dia do evento, 17/4/2010, sendo que os recursos federais somente foram transferidos em 29/6/2010 e o pagamento à empresa Guguzinho pela ASBT ocorreu em 9/8/2010.

45. Os contratos de cessão de direitos e as cartas de exclusividade (peça 29, p. 18-31) não estabeleceram cláusulas de valores, nem as condições da representação. Sem essas especificações, não é possível avaliar o que licitamente deveria ser pago aos respectivos artistas, a remuneração do “empresário” e as obrigações desempenhadas que justificavam seus ganhos.

46. Nesse contexto, não estando comprovado que os preços pagos à empresa Guguzinho correspondiam aos preços que as bandas haviam praticado com outros demandantes, como exigia a legislação de regência, e, de outro lado, havendo comprovação de que os preços efetivamente cobrados pelas bandas foram expressivamente menores do que aqueles aprovados no plano de trabalho, e, ainda, estando caracterizada a inexistência de justa causa para ganhos a título de representação de “exclusividade” da empresa Guguzinho, constituindo-se a documentação jurídica apresentada nos autos como simulação de legitimidade jurídica para fins de viabilizar pagamento de valores injustificadamente superiores aos de mercado, está comprovada a ocorrência de dano ao erário.

47. Apresentei, portanto, na sessão da 1ª. Câmara do dia 25/5/2018 proposta de deliberação no sentido de rejeição das alegações de defesa apresentadas, irregularidade das contas e imputação de débito solidário aos responsáveis pela diferença entre o valor autorizado no plano de trabalho e o efetivamente destinado ao cumprimento da parte principal do objeto do convênio (a apresentação das bandas/artista musicais), conforme quadro abaixo (peça 1, p. 10), não acolhendo a proposta de débito integral, uma vez que foi comprovado por monitoramento *in loco* que as bandas se apresentaram:

Item	Valor Previsto Plano de Trabalho (R\$)	Valor Pago às Bandas/Artistas (R\$)	Débito (R\$)	Peças/páginas dos Recibos
Banda Forrozão Balanço da Boiada	20.000,00	14.000,00	6.000,00	peça 30, p. 68
Banda Pscico da Galera	20.000,00	15.000,00	5.000,00	peça 30, p. 67
Flavinho e os Barões	45.000,00	35.000,00	10.000,00	peça 30, p. 66
Totais	85.000,00	64.000,00	21.000,00	

#### IV

48. Após discussão da matéria, naquela sessão, deliberou-se, por meio do acórdão 4736/2018, em preliminarmente desconsiderar a pessoa jurídica da empresa Guguzinho Promoções e Eventos

Ltda. (CNPJ 06.172.903/0001-36, situação cadastral na Receita Federal: “baixada”) para chamar ao processo, via citação, o seu sócio-administrador pelas irregularidades e débitos apurados e imputados nesta tomada de contas especial, considerando a participação da empresa em ganho indevido no convênio (peça 35).

49. Desse modo, foi incluído no rol de responsáveis solidários o Sr. Carlos Augusto Fraga Fontes, o qual foi citado pelos seguintes fatos, consoante pronunciamento à peça 40:

“Irregularidades: dano ao erário decorrente da contratação das atrações artísticas Banda Forrozão Balanço da Boiada, Banda Pscico da Galera e Flavinho e os Barões para se apresentarem no evento festivo “4º Tô à Toa Fest”, em 17/4/2010, custeado com recursos federais transferidos por meio do convênio MTur 140/2010, tendo em vista:

a) a não comprovação da compatibilidade dos preços cobrados pelas bandas/artistas em relação aos valores praticados por elas mesmas com outros demandantes/contratantes em eventos similares (art. 46, II, Portaria Interministerial 127/2008);

b) a injustificada contratação pela ASBT com base em ‘cartas de exclusividade’ concedidas pelos “empresários exclusivos” das bandas/artistas em data posterior à proposta/orçamento de 8/3/2010, a fim de justificar a obrigatoriedade de sua contratação pela ASBT signatária do convênio MTur 140/2010 e viabilizar os pagamentos pela intermediação das apresentações;

c) o superfaturamento consubstanciado na diferença entre os valores estabelecidos na nota fiscal 145, de 2/7/2010, e os recibos fornecidos pelos representantes das bandas/artistas, relativamente às apresentações musicais no aludido evento e no bojo do contrato celebrado com a ASBT (20/2010), conforme restou demonstrado no voto condutor do acordão em pauta (peça 36, item 46 e 49):

Bandas/Artistas	Valor Previsto Orçamento/Nota Fiscal 145 (R\$)	Valor Pago às Bandas/Artistas - Recibos (R\$)	Diferença (R\$)
Banda Forrozão Balanço da Boiada	20.000,00	14.000,00	6.000,00
Banda Pscico da Galera	20.000,00	15.000,00	5.000,00
Flavinho e os Barões	45.000,00	35.000,00	10.000,00
Totais	85.000,00	64.000,00	21.000,00

50. O auditor da Secex-SE resumiu as alegações de defesa apresentadas pelo novo responsável da forma a seguir:

“Alegações de defesa do responsável:

17. O defendente alegou preliminarmente a prescrição quinquenal prevista na Lei 9.873/1999, que regula a prescrição relativa à ação punitiva pela Administração Pública Federal Direta e Indireta. Argumentou que o fato ocorreu nos idos de 2010, sendo somente agora no ano de 2018 o citado chamado para apresentar defesa. Nesse sentido, requer que seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública Federal (peça 52, p. 3-4).

17.1 Em seguida, o defendente tratou dos itens referentes à ‘Regularidade na conduta do contratado e à Legalidade da contratação’. Quanto à regularidade na conduta, informou que (peça 52, p. 5-7):

a) não teve qualquer interferência na celebração do convênio entre a ASBT e o Ministério do Turismo, atuando como contratado, já que detinha a exclusividade, naquela oportunidade, das bandas que se apresentaram no evento

b) não era ordenador de despesas nem geriu recursos públicos;

c) os preços fornecidos foram condizentes com a realidade praticada no mercado artístico, não havendo que se falar em preço superfaturado ou algo do gênero;

d) a não comprovação da compatibilidade dos preços cobrados pelas bandas/artistas em relação aos valores praticados com outros demandantes em eventos similares, em verdade, não

remanesceu, porquanto os autos não indicam, de forma cabal, a incongruência dos preços praticados. Até porque, eventos outros não podem ser utilizados de cotejo, pois possuem características particulares e peculiares, podendo haver, assim, eventual distorção nos preços;

e) os serviços foram efetivamente prestados, não havendo a obrigação de ressarcimento do valor apontado como débito. O defendente cumpriu as condições contratuais exigidas, em respeito ao conteúdo versado no instrumento pactual, não havendo, destarte, desacordo com os termos estampados no art. 46, II, da Portaria Interministerial 127/2008.

17.2 De forma a referendar os seus argumentos, transcreveu trecho do relatório do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), no Processo TC 026.223/2014-7, que resultou no Acórdão 6. 730/2015- TCU- 1ª Câmara, da Relatoria do Ministro Benjamin Zymler (peça 52, p. 8-9):

‘Reputamos que, mesmo para a situação de ausência de publicação no DOU do contrato celebrado entre a administração pública e o empresário decorrente de processo de inexigibilidade de licitação, como ocorreu no presente caso, se não houver comprovação de dano ao erário, materializado pela inexecução total ou parcial do objeto, ou pela ausência de nexos causal entre os recursos conveniados e os dispêndios, ou pela ocorrência de superfaturamento nos valores pagos pelos serviços, também seria desarrazoada a glosa integral dos valores pactuados.’

17.3 Em relação à legalidade da contratação, o defendente apresentou as seguintes alegações de defesa (peça 52, p. 9-11):

a) a suposta irregularidade na contratação pela ASBT, com esteio em "Cartas de Exclusividade", não ocorreu, porque os empresários exclusivos das bandas/artistas concederam cartas de exclusividade para a data de realização do evento;

b) não houve outros empresários oferecendo a contratação das bandas, o que ensejou a inviabilidade de competição. Apenas a empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda. foi contratada, já que dispunha, naquela oportunidade, de exclusividade das bandas/artistas para aquela data do evento;

c) a legalidade ou não da contratação direta, na verdade, foge à alçada do interessado, que atuou apenas como contratado, já que não intermediou a destinação de recursos do Convênio MTur 140/2010 para a ASBT;

d) o prejuízo ao erário, de fato, não se mostrou evidente, haja vista que a contratação mediante intermediário não se fez mais onerosa para a administração.

17.4 Ao final das alegações, o defendente requer que, caso não seja acatada a questão prejudicial de mérito, referente à ocorrência da prescrição (peça 52, p. 11-13), seja declarada a legalidade e regularidade da contratação e da prestação de contas, já que os serviços contratados foram efetivamente prestados (peça 52, p. 11-12). E que, caso não seja esse o entendimento deste Tribunal, que se julgue regulares com ressalva as contas do defendente, uma vez que não restou demonstrado dano ao erário, tampouco dolo específico, no sentido de prejudicar o erário; e que se afaste a remessa destes autos aos órgãos de fiscalização, eis que não restou comprovado a prática de crime ou de ato de improbidade administrativa (peça 52, p. 12).

17.5 Por último, requer o responsável que lhe seja garantido o direito de participar da sessão que venha a decidir o presente feito (peça 52, p. 13).”

51. Examinadas, ponto a ponto, as alegações de defesa apresentadas, a Secex-SE considerou que as mesmas devem ser rejeitadas, pois não foram suficientes para desconstituir as irregularidades do ofício, sobretudo de que restou comprovado que: “i) os preços pagos à empresa Guguzinho não foram os valores que as bandas haviam praticado com outros demandantes; ii) os preços efetivamente cobrados pelas bandas foram menores do que aqueles aprovados no plano de trabalho; e iii) inexistente documento que justifique ganhos da empresa Guguzinho como intermediária; caracterizado está o

dano ao erário decorrente do superfaturamento de R\$ 21.000,00, o qual deve ser imputado ao representante da empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda., o Sr. Carlos Augusto Fraga Fontes.”

52. Desse modo, em consolidação com as instruções anteriores, a unidade instrutiva propõe julgar irregulares as contas do Srs. Lourival Mendes de Oliveira Neto e Carlos Augusto Fraga Fontes e da ASBT, condenando-os, solidariamente, ao pagamento do débito de R\$ 21.000,00, com atualização monetária e incidência de juros desde 9/8/2010, relativo à diferença entre o valor pago à empresa que se apresentou como representante exclusiva e o valor recebido pelos artistas/bandas; e aplicar, individualmente, aos referidos responsáveis a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

53. O MP/TCU mais uma vez manifestou-se de acordo com a Secex-SE (peça 54).

#### V

54. Neste momento processual, portanto, examina-se a terceira proposta de mérito da então Secex-SE, que analisa as alegações de defesa apresentadas em resposta à citação do Sr. Carlos Augusto Fraga Fontes, representante legal da empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda., em atendimento ao acórdão 4.736/2018-TCU-1ª Câmara.

55. Como bem demonstrou a então Secex/SE, a questão em discussão, após as últimas citações em razão da ausência de aferição e comprovação da adequação do preço praticado pela banda em eventos semelhantes, não se cinge à realização ou não do evento, mas sim à existência de superfaturamento, denotado pela inexistência de comprovação de compatibilidade com os preços praticados no mercado local e pela diferença entre o valor repassado às bandas e o valor da nota fiscal emitida pela empresa representante.

56. Portanto, acolho o exame realizado pela unidade instrutiva, que refutou argumentos idênticos apresentados pela ASBT e pelo Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, bem como os da empresa Valéria Patrícia Pinheiro de Oliveira Azevedo – ME, conforme apresentado no relatório desta proposta, com as complementações e considerações a seguir.

#### IV

57. Depreende-se da resposta do MTur à diligência, conforme descrito nos itens 19 a 21, que não se encontra, do cotejamento da lista dos documentos que serviram de base para aprovação da proposta, nenhum elemento que demonstre que o valor do show artístico a ser contratado pela entidade conveniente era compatível com os preços “praticados com outros demandantes” ou observados no mercado local à época da celebração do convênio.

58. A resposta dada pelo MTur, que até então não havia sido diligenciado e questionado, desfaz a presunção de que os preços constantes do plano de trabalho eram condizentes com o mercado local, informação expressa constante de nota técnica do ministério e vinha presidindo este processo, uma vez que se comprovou que aquela informação não era verdadeira, e, portanto, que o concedente não promoveu qualquer análise de preço, requisito essencial para contratação direta por inexigibilidade, nos termos da Lei de Licitações, ou com dispensa de cotação de preços, no caso de entidade privada conveniente, nos termos da portaria interministerial então vigente.

59. Em aplicação da Portaria Interministerial 127/2008, ou mesmo da Lei de Licitações, subsidiariamente, cabia à ASBT, como conveniente, comprovar que o preço acertado com a representante da banda a ser contratada era compatível com preços praticados com outros demandantes dos shows da banda; exigência que, em outros termos, corresponderia à justificação de preços de que trata o parágrafo único do art. 26 da Lei 8666/1993:

“Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados”.

Exigência também objeto de demonstração na prestação de contas, conforme alínea ‘n’ do parágrafo primeiro da cláusula décima do convênio MTur/ASBT/187/2008 (peça 33, p. 238)

“PARÁGRAFO PRIMEIRO. A prestação de contas final deverá ser elaborada com rigorosa observância às disposições da IN/STN/MF/N2 1/97, atualizada, conforme modelos fornecidos pelo CONCEDENTE, devendo constituir-se, especialmente, dos seguintes documentos:

(...)

n) mapa(s) de apuração(ões) de pesquisa de preço, demonstrando que contratou a(s) proposta(s) mais vantajosa(s)”.

60. Essa demonstração não está presente nos autos.

61. Em resposta às citações, nenhum dos responsáveis apresentou qualquer documento que demonstrasse a comparação do preço contratado (“praticados com outros demandantes”) ou qualquer justificativa de preço.

62. Assim, ante a inexistência de comprovação de que preço pago à empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda. era compatível com o preço praticado pelas bandas/artistas com outros demandantes (compatibilidade cujo ônus de demonstração competia tanto à conveniente contratante quanto à empresa contratada), havendo outros elementos que evidenciem e permitam estimar o superfaturamento, o Tribunal poderá utilizá-los para fins de imputação de dano ao erário, se não forem infirmados pelos responsáveis.

63. A inexistência de explicações para a necessidade de contratação das apresentações por meio da empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda. e não diretamente com os representantes das bandas/artistas, a precariedade do instrumento de vinculação e exclusividade da firma representante às bandas/artistas, combinadas com a inconsistência temporal das etapas decisórias e a inexistência de justificativa de preços, formam um quadro de robusta presunção de que a participação da Guguzinho Promoções e Eventos Ltda., neste processo, não foi a de uma efetiva representante exclusiva.

64. No contexto agora desvelado, ante a constatação, pela resposta do MTur, de que não foi avaliado se os preços estabelecidos no plano de trabalho correspondiam a valores compatíveis com os de mercado (verificáveis a partir de propostas apresentadas quando da propositura do convênio), as omissões observadas nas autorizações/cartas/atestos de exclusividade (omissões que, em contexto distinto do acima descrito, não infirmariam a realidade do vínculo jurídico) passam a ser vistas como evidências de que a função desempenhada pela empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda., detentora da exclusividade *ad hoc* prestou-se menos à legítima representação jurídica e mais à viabilização da contratação das atrações artísticas por preço superior ao que seria praticado por ela, diretamente, ou por seu empresário exclusivo, se por meio dele fosse feita a contratação.

65. Por essa linha de investigação, o que se tem por demonstradas são evidências de ocorrência de dano ao erário por superfaturamento, e não de ocorrência de dano ao erário fundado essencialmente no entendimento de quebra do nexa causa e por não comprovação dos requisitos legais para contratação direta de artistas, por inexigibilidade.

66. Assim, a diferença entre os valores recebidos pelas bandas/artistas (recibos) e os pagos à empresa intermediária (nota fiscal 145) constitui base para imputação de superfaturamento, passível de refutação pelos responsáveis, o que não ocorreu:

Bandas/Artistas	Valor Previsto Orçamento/Nota Fiscal 145 (R\$)	Valor Pago às Bandas/Artistas - Recibos (R\$)	Diferença (R\$)
Banda Forrozão Balanço da Boiada	20.000,00	14.000,00	6.000,00
Banda Psico da Galera	20.000,00	15.000,00	5.000,00
Flavinho e os Barões	45.000,00	35.000,00	10.000,00
Totais	85.000,00	64.000,00	21.000,00

67. Todas as considerações acima têm como supedâneo a existência dos recibos pagos às bandas/artistas em valor menor do que aqueles especificados no plano de trabalho do convênio (peça 30, p. 66-68).

68. Ressalto que, muito embora a justificativa de preço não tenha sido realizada no momento devido, como exigido pela legislação de regência, os responsáveis tiveram a oportunidade de fazê-la em resposta à citação, de forma a elidir a presunção de superfaturamento e infirmar a imputação de dano ao erário, mas não o fizeram.

69. Portanto, as alegações da Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e do Sr. Carlos Augusto Fraga Fontes, representante legal da empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda., devem ser rejeitadas, sendo os responsáveis condenados, solidariamente, a ressarcir o dano ao erário federal, quantificado em R\$ 21.000,00 (devidamente atualizado e acrescido de juros), e aplicando-lhes, individualmente, a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.

70. Diante da reprovabilidade das irregularidades ensejadoras desta TCE, considero apropriado quantificar a multa em 100% do valor do dano atualizado monetariamente desde o termo inicial do débito (9/8/2010) até a prolação desta deliberação.

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

**Anexo I – Proposta de Deliberação**

<b>Cronologia dos Fatos – Convênio 140/2010 “ 4º Tô a Toa Fest”</b>		
<b>Fato</b>	<b>Data</b>	<b>Observação</b>
Proposta do plano de trabalho do convênio pela ASBT	8/3/2010	(peça 30, p. 17)
Aprovação Técnica MTur	14/4/2010	Parecer Técnico 284/2010
Aprovação Jurídica MTur	16/4/2010	Parecer Conjur 303/2010
Celebração do convênio 140/2010	16/4/2010	Registro Siconv 732318
Data da realização da festa	17/4/2010	
Repasse dos recursos federais	29/6/2010	
Proposta de realização dos shows da Guguzinho Promoções e Eventos à ASBT	8/3/2010	Orçamento para apresentação dos artistas/bandas constantes no plano de trabalho do convênio
Celebração de contrato entre a ASBT e a empresa Guguzinho	16/4/2010	Contrato 20/2010
Verificação <i>in loco</i> MTur	17/4/2010	Relatório de Supervisão 105/2010
Carta de exclusividade do representante da Banda Forrozação Balanço da Boiada para a Guguzinho	12/4/2010	<b>Posterior à proposta de realização dos shows elaborada pela Guguzinho.</b>
Carta de exclusividade do representante da Banda Flavinho e os Barões para a empresa Guguzinho	12/4/2010	<b>Posterior à proposta de realização dos shows elaborada pela Guguzinho.</b>
Carta de exclusividade do representante da Banda Psico da Galera para a empresa Guguzinho	09/4/2010	<b>Posterior à proposta de realização dos shows elaborada pela Guguzinho.</b>
Cessão de direitos de exclusividade da Banda Pscico da Galera para o Sr. José Vieira Neto	07/10/2009	
Cessão de direitos de exclusividade da Banda Forrozão Balanço da Boiada para o Sr. Flávio César Santos	2/3/2010	
Nota Fiscal 145 emitida pela empresa Guguzinho	2/7/2010	R\$ 85.000,00
Pagamento da ASBT à empresa Guguzinho	9/8/2010	R\$ 85.000,00
Pagamento da Guguzinho à Banda Flavinho e os Barões	17/4/2010	R\$ 35.000,00
Pagamento da Guguzinho à Banda Psico da Galera	17/4/2010	R\$ 15.000,00
Recibo de pagamento da Guguzinho à Forrozão Balanço da Boiada	17/4/2010	R\$ 14.000,00