



TC 035.253/2017-7

Tipo: Tomada de contas especial (recurso de reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Município de São Francisco/SE

Recorrente: Ailton Nascimento (CPF 227.517.505-91)

Advogados: Lourival Freire Sobrinho (OAB/SE 5.646; procuração: peça 68)

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Tomada de contas especial. Convênio. Ministério do Turismo. Contratação por inexigibilidade sem comprovação de exclusividade da empresa contratada com os artistas. Ausência de nexos entre os recursos federais recebidos e o pagamento dos artistas. Inexecução do objeto. Não-comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais recebidos. Débito e multa. Recurso de reconsideração. Razões recursais insuficientes para alterar o mérito do julgado. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Ailton Nascimento, ex-prefeito de São Francisco/SE (gestão 2009-2012), contra o Acórdão 1.483/2020-TCU-2ª Câmara (peça 55), de relatoria do Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, com o seguinte teor:

9.1. considerar revel o Sr. Ailton Nascimento, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei n.º 8.443, de 1992;

9.2. julgar irregulares as contas de Ailton Nascimento, nos termos dos arts. 16, III, “b” e “c”, e 19, caput, da Lei n.º 8.443, de 1992, para condená-lo ao pagamento do débito apurado nos autos, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora calculados desde as datas informadas até a efetiva quitação, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, contados da ciência desta deliberação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da referida dívida em favor do Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, III, “a”, da citada lei e do art. 214, III, “a”, do Regimento Interno do TCU (RITCU), sob as seguintes condições:

Data da Ocorrência	Valor Original (R\$)
2/7/2010	100.000,00

9.3. aplicar em desfavor de Ailton Nascimento a multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443, de 1992, sob o valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da referida dívida ao Tesouro Nacional, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei n.º 8.443, de 1992, e do art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas fixadas por este Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, com a atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais,



esclarecendo ao responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.5. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas fixadas por este Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, diante do não atendimento às notificações; e

9.6. determinar que a unidade técnica envie a cópia do presente Acórdão, com o Relatório e a Proposta de Deliberação, à Procuradoria da República no Estado de Sergipe, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 209, § 7º, do RITCU, para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

HISTÓRICO

2. A presente tomada de contas especial (TCE) foi instaurada pelo Ministério do Turismo (MTur), em razão da impugnação total de despesas do Convênio Siconv 734941/2010, celebrado com aquele município, tendo por objeto a realização do projeto intitulado “São Francisco Fest 2010”, no valor de R\$ 105.000,00, com a seguinte composição: R\$ 5.000,00 de contrapartida do conveniente e R\$ 100.000,00 à conta do concedente, com vigência de 22/5 a 22/7/2010 (peça 6).

3. Conforme o Parecer Técnico 760/2010, referido convênio tinha como escopo a contratação das bandas Mulheres Perdidas, Viola, Asas Morenas e Seeway para se apresentarem no evento “São Francisco Fest 2010”, previsto para os dias 22 e 23/5/2010 (peça 3).

4. A Nota Técnica de Análise 158/2013, em razão da ausência de elementos para atestar a execução física do convênio, concluiu por diligenciar o conveniente para que encaminhasse os documentos faltantes. Posteriormente, mediante despacho de peça 26, o MTur concluiu pela reprovação da execução física do objeto.

5. A Nota Técnica de Análise Financeira 647/2016 (peça 27) concluiu pela reprovação da prestação de contas do Convênio Siconv 734941/2010, tendo em vista irregularidades observadas no aspecto financeiro, tais como:

a) contratação irregular das atrações musicais, que se deu por meio de empresa intermediária, entretanto deveria ter sido feita diretamente com os artistas ou empresários exclusivos, contrariando o disposto no Acórdão TCU 96/2008;

b) nota fiscal sem número do convênio e sem descrição dos serviços;

c) ausência de documento que comprove o efetivo pagamento à empresa contratada;

d) não consta documentação inserida no SICONV.

6. A Secretaria Federal de Controle Interno, com fundamento no seu Relatório de Auditoria 1059/2017, certificou a irregularidade das contas, o dirigente do Controle Interno emitiu parecer no mesmo sentido e a autoridade ministerial competente, após tomar conhecimento dos fatos, na forma regulamentar, determinou o encaminhamento das presentes contas a este Tribunal (peças 39-42).

7. No âmbito desta Corte de Contas, foi procedida a citação de Ailton Nascimento (peças 47 e 49) e concedida prorrogação de prazo para apresentar alegações de defesa (peças 48 e 50), contudo o responsável manteve-se silente. Diante disso, as contas foram julgadas por meio do Acórdão 1.483/2020-TCU-2ª Câmara, na forma transcrita na seção “Introdução”.

8. Inconformado, Ailton Nascimento interpôs recurso de reconsideração, o qual será objeto de análise a seguir (peças 71-79).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

9. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 80), ratificado pelo relator, Ministro Aroldo Cedraz (peça 83), que concluiu pelo conhecimento do recurso, conferindo efeito suspensivo aos itens 9.2, 9.3 e 9.5 do acórdão recorrido.



EXAME DE MÉRITO

10. Delimitação

10.1 Constitui objeto do presente recurso, relativamente ao Convênio Siconv 734941/2010, definir:

- a) possibilidade de responsabilização de agente político;
- b) aplicabilidade de portaria editada posteriormente à celebração do convênio;
- c) regularidade da aplicação dos recursos: contratação por inexigibilidade de licitação, comprovação do pagamento dos artistas contratados e da execução física;
- d) competência do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe para fiscalizar a aplicação dos recursos do convênio e falta de estrutura técnica do município;
- e) ausência de dolo e má-fé;
- f) locupletamento ilícito e enriquecimento sem causa; e
- g) ausência de razoabilidade na aplicação da multa.

11. Responsabilização de agente político e inexistência de culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder

11.1 O recorrente alega que não pode ser responsabilizado pelas supostas irregularidades da prestação de contas, pois, como prefeito, exercia o cargo de agente político. Conforme jurisprudência do TCU apontada, o agente político não pode ser responsabilizado tendo em vista o princípio da desconcentração, segundo o qual as atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre eles.

11.2 Aduz, ainda, que a inexistência de culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder demonstra desproporção na responsabilização do recorrente.

Análise:

11.3 Não assiste razão ao recorrente. A jurisprudência apontada não se aplica ao caso concreto, pois se referem a secretários estaduais e ministros de estados, que não são considerados agentes políticos pela jurisprudência dominante do TCU.

11.4 São considerados agentes políticos, para fins de responsabilização, presidente da república, governadores e prefeitos, estes últimos desde que não sejam executores diretos dos convênios que assinam, nos termos do Acórdão 1545/2015-TCU-2ª Câmara, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.

11.5 Quando o administrador público municipal age apenas como signatário do convênio, atuando como agente político, e os recursos são gerenciados somente por seus subordinados como secretários municipais, a jurisprudência desta Corte afasta a responsabilidade do prefeito pela utilização dos recursos em questão, a exemplo do Acórdão 7.304/2013-TCU-1ª Câmara, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman.

11.6 Ocorre que, além de agente político, o recorrente também foi gestor dos valores recebidos do MTur, e, nessa condição, responde pela aplicação dos recursos federais. O recorrente autorizou a abertura e ratificou o resultado do processo de inexigibilidade de licitação, bem como assinou o contrato com a empresa selecionada (peças 14-15).

11.7 Notadamente, em estruturas administrativas de pequeno porte, como é o caso da Prefeitura de São Francisco/SE, a delegação de competência revela-se argumento débil para eximir



a responsabilidade do gestor máximo quanto à execução de convênios financiados pela União. Nesse sentido, cabe citar os seguintes precedentes:

O signatário do convênio assume a responsabilidade pela correta aplicação dos recursos transferidos e, **mesmo delegando atribuições** para realização de pagamentos, acompanhamento físico do ajuste ou prestação de contas, **responde solidariamente pelos atos praticados pelos delegados escolhidos** (culpa *in eligendo* e *in vigilando*). (Acórdão 2.360/2015-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler) (grifos acrescidos)

A **delegação interna de atividades administrativas em prefeituras**, para a execução de despesas custeadas com recursos públicos federais, **não retira do agente político a responsabilidade sobre a execução do convênio**, uma vez que ele sempre atua na dupla condição de gestor e agente político. (Acórdão 3.121/2015-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) (grifos acrescidos)

A assinatura do instrumento de transferência dos recursos da União ao ente federado torna o signatário garantidor do bom e regular emprego dos valores e motiva o dever de bem nomear seus auxiliares e de supervisionar suas atividades de modo adequado. **A falta de fiscalização por parte do gestor quanto aos atos praticados pelos subordinados (culpa in vigilando), o conhecimento do ato irregular praticado ou a má escolha do agente delegado (culpa in eligendo) podem conduzir à responsabilização da autoridade**. (Acórdão 8.784/2017-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Bruno Dantas) (grifos acrescidos)

11.8 Quanto à inexistência de culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder, cabe ressaltar que esta Corte de Contas adota a teoria da responsabilidade subjetiva para aplicação de sanções, considerando as inovações trazidas ao ordenamento jurídico por meio da Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que deu novos contornos ao Decreto-Lei 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LNDB).

11.9 Consoante os art. 22 e 28 da LINDB, recém introduzidos pela referida norma:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º na aplicação de sanções, serão consideradas **a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente**. (destaques acrescidos)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de **dolo ou erro grosseiro**. (destaques acrescidos)

11.10 Na aplicação de sanções, o TCU, então, deve considerar a natureza e a gravidade da infração, os danos que delas provieram para a Administração Pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente, que responderá pessoalmente em caso de dolo ou erro grosseiro, nos termos dos dispositivos legais acima reproduzidos.

11.11 Através do Acórdão 2391/2018-Plenário (relatoria do Ministro Benjamin Zymler), o Tribunal manifestou-se no sentido de que, para fins de responsabilização, erro grosseiro é o que decorre de grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

11.12 Posteriormente, o Decreto 9.830/2019, que regulamentou os novos artigos da LINDB, por meio do §1º do art. 12, trouxe o conceito de erro grosseiro:

Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

11.13 Por fim, transcreve-se excerto do recente voto, proferido pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler, condutor do Acórdão 4.771/2019-TCU-1ª Câmara, *verbis*:

67. Diante da gravidade da conduta e da culpabilidade dos responsáveis, conforme análise a seguir, julgo necessário, ainda, aplicar-lhes individualmente a multa do art. 57 da Lei nº 8.443/1992.

68. Inicialmente, cabe destacar que as novas disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) introduzidas pela Lei 13.655/2018 trouxeram novas balizas à atividade de aplicação de sanções administrativas e de correção de atos irregulares, inclusive na esfera controladora.

(...)

70. Conforme expus no voto condutor do Acórdão 2391/2018-Plenário, o erro grosseiro, para fins de responsabilização no âmbito desta Corte de Contas, é o que decorre de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

71. A propósito do tema, esse entendimento foi adotado no Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou os novos artigos da LINDB, cujo art. 12, § 1º dispôs o seguinte: “considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.

72. Sem avançar em eventual discussão a respeito da aplicabilidade da norma infralegal à esfera controladora, o fato é que parece haver uma convergência na doutrina e na aplicação prática da nova lei, no sentido de que o parâmetro de responsabilização na esfera sancionadora é a culpa grave.

11.14 Como se vê, o Tribunal tem entendido que erro grosseiro é aquele praticado com culpa

grave.

11.15 No caso concreto, observa-se que o recorrente contratou a empresa Exata Produções e Locações Ltda., por inexigibilidade de licitação, em 21/5/2010 (peças 14, p. 1-3, e 15).

11.16 Considerando que o paradigmático Acórdão 96/2008-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Benjamin Zymler foi prolatado em 30/1/2008, entende-se que houve erro grosseiro (culpa grave) na contratação por inexigibilidade de licitação amparada apenas em carta de exclusividade.

11.17 Ademais, não se pode olvidar que a regra prevista no art. 28 da LINDB (Decreto-lei 4.657/1942), que estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário. O dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, § 6º, da Constituição Federal), nos termos dos Acórdãos 5547/2019-TCU-1ª Câmara e 2768/2019-TCU-Plenário, ambos sob a relatoria do Min. Benjamin Zymler.

11.18 Portanto, os elementos constantes dos autos não permitem erguer conclusão diversa daquela que fundamentou a decisão recorrida quanto à responsabilização do recorrente.

12. Aplicabilidade de portaria editada posteriormente à celebração do convênio

12.1 O recorrente alega que, de forma indevida, foi utilizada a Portaria MTur 112/2013, editada posteriormente, uma vez que a análise da execução física e financeira do convênio deveria ter sido embasada na Portaria Interministerial 127/2008.

Análise

12.2 A alegação do recorrente não merece prosperar. As Notas Técnicas de Análise 158/2013 e 647/2016 do MTur, relativas à execução física e financeira do convênio (peças 21 e 27), não mencionam a Portaria MTur 112/2013. A indicação dos arts. 87 e 92 da Portaria MTur 112/2013 no ofício enviado à Prefeita de São Francisco/SE com cópia ao recorrente, os quais tratam de possíveis diligências para regularização de pendências e de parcelamento de débito, não configura a aplicabilidade desse normativo na análise da prestação de contas (peça 28). Ademais, a citação do recorrente foi fundamentada na violação dos arts. 49 e 50, § 3º, da Portaria Interministerial 127/2008, entre outros dispositivos (peça 47).

12.3 Assim, conclui-se que não houve a aplicabilidade da Portaria MTur 112/2013 na análise da prestação de contas do Convênio Siconv 734941/2010.

13. Regularidade da aplicação dos recursos: contratação por inexigibilidade de licitação, comprovação do pagamento dos artistas contratados e da execução física do objeto

13.1 O recorrente argumenta que os artistas contratados concederam à empresa Exata Produções e Locações Ltda. a exclusividade de vender seus shows entre os dias 22 e 23 de maio/2010 para o evento “São Francisco Fest 2010”, sendo assim, não há que se falar em possibilidade de competitividade. Aduz que não existe modelo de como deve ser comprovada tal exclusividade. E, ainda, que tendo em vista a extensão territorial brasileira, nada obsta que o profissional artístico estipule uma pessoa física ou jurídica como seu empresário em cada localidade ou região.

13.2 Para o recorrente, apesar da identificação pelos técnicos do TCU de pequenas impropriedades no procedimento de inexigibilidade, principalmente quanto à exclusividade, deve-se levar em conta que o objeto contratado foi prestado em sua integralidade. Caso semelhante teve as contas do convênio julgadas regulares com ressalvas, conforme Acórdão 5.069/2016-TCU-1ª Câmara (peça 79).

13.3 Com relação ao pagamento dos artistas, o recorrente assevera que apesar de não constar da nota fiscal os valores recebidos por cada atração, estes podem ser verificados nos contratos individuais (peça 72). O recorrente destaca que não lhe cabe apresentar os comprovantes do cachê recebido pelos artistas, vez que esses documentos são entregues pelos artistas diretamente à empresa que os contratou.

13.4 O recorrente defende que se a qualidade das fotografias é suficiente para glosar a despesa do Convênio Siconv 734941/2010, o MTur deveria ser corresponsável, uma vez que não houve fiscalização *in loco* por um técnico do MTUR, conforme prevê o plano de trabalho. O recorrente solicita que, caso restem dúvidas acerca das apresentações, o TCU deve solicitar as fotografias originais ao MTur. O recorrente cita o processo penal PJE 0803251-92.2018.4.05.8501 do TRF-5ª Região com mesma motivação do presente processo, com absolvição do réu, pois os shows existiram, tratando apenas de meras irregularidades, o que isenta qualquer gestor de penalidades administrativas, cíveis e penais (peça 75).

Análise

13.5 Conforme o termo de convênio (Cláusula Terceira – Das Obrigações dos Partícipes, item II) (peça 6), compete ao conveniente:

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 nº 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 nº 96/2008 - Plenário do TCU;

pp) encaminhar ao CONCEDENTE documento comprobatório do efetivo recebimento do cachê por parte dos artistas, e/ou bandas, e/ou grupo, emitido pelo contratante dos mesmos.

13.6 A exclusividade dos artistas com determinada empresa deve ser demonstrada através de contrato, registrado em cartório, sob pena de glosa dos valores envolvidos. Assim, conclui-se que o recorrente não tem razão ao alegar que não existe modelo para comprovação da exclusividade. No caso concreto, conforme afirmado pelo recorrente, houve uma autorização de exclusividade para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e restrita à localidade do evento. A autorização de exclusividade não se confunde com contrato de exclusividade, conforme entendimento do TCU constante dos Acórdãos 96/2008-TCU-Plenário (relator Ministro Benjamin Zymler), 3.826/2013-TCU-1ª Câmara (relator Ministro Valmir Campelo), 8.244/2013-TCU-1ª Câmara (relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) e 351/2015-TCU-2ª Câmara (relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer).

13.7 Tal autorização apenas confere a determinado empresário – ou sociedade empresária – o direito de representar artistas ou bandas, de forma exclusiva, em eventos específicos para os quais são convidados. Não se presta, 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.

13.8. Dessa forma, considerando que não foi apresentado o contrato de exclusividade, registrado em cartório, entre as bandas e a empresa Exata Produções e Locações Ltda, e que os contratos juntados (peça 72), conferindo exclusividade apenas para o “São Francisco Fest 2010”, são simples cartas ou autorizações de exclusividade, conclui-se que não existem elementos para justificar a contratação da mencionada empresa mediante inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993.

13.9 Diferentemente das contas julgadas regulares com ressalvas mediante o Acórdão 5.069/2016-TCU-1ª Câmara (peça 79), apontadas como paradigma pelo recorrente, nas presentes

contas não restou comprovada a realização do evento objeto do convênio, conforme concluiu a Nota Técnica de Análise 158/2013 e de respectivo despacho (peças 21, p. 2, e 26). Ademais, não foi demonstrado o nexo de causalidade entre a verba conveniada e as despesas efetuadas. Assim, não se trata de hipótese semelhante, razão pela qual as presentes contas não merecem mesmo julgamento.

13.10 Deve-se registrar que, ao tomar ciência acerca da Nota Técnica de Análise 158/2013, o prefeito sucessor informou que não localizou os documentos complementares solicitados pela mencionada nota técnica para comprovar a execução física do objeto, e, ainda, que foi protocolada ação civil de improbidade administrativa (peças 24-25). Conforme pesquisa na página da *internet* do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, a mencionada ação civil de improbidade administrativa (Processo 201466300012) foi julgada e arquivada em março/2018 e, tendo em vista, o fato de o processo estar em segredo de justiça, demais dados foram suprimidos (peça 92).

13.11 Relativamente ao pagamento das atrações artísticas, o termo de convênio explicitamente determinou que deveria compor a respectiva prestação de contas, entre outros elementos, documento comprobatório do efetivo recebimento do cachê por parte dos artistas, e/ou bandas, e/ou grupo, emitido pelo contratante dos mesmos, conforme Cláusula Terceira – Das Obrigações dos Partícipes, item II, alínea pp. A apresentação do referido documento é imprescindível para comprovar a regular aplicação dos recursos, medida não adotada pelo recorrente.

13.12 Com relação à fiscalização *in loco*, além de se constituir hipótese não obrigatória do termo de convênio, não retira do recorrente seu ônus de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos recebidos, conforme assente na jurisprudência desta Corte de Contas exemplificada nos Acórdãos 3.478/2019-TCU-2ª Câmara (relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer), 3.747/2019-TCU-1ª Câmara (relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira) e 175/2019-TCU-Plenário (relator Ministro Bruno Dantas).

13.13 A ausência ou deficiência por parte do órgão concedente na fiscalização não exonera o conveniente da comprovação da boa e regular aplicação dos recursos recebidos. Embora complementares, as responsabilidades são distintas: do concedente, de supervisionar, acompanhar, fiscalizar e examinar as contas prestadas; do conveniente, de gerir regular e legalmente os recursos recebidos e realizar as despesas corretamente em prol da execução integral e efetiva do objeto.

13.14 Por oportuno, não é demais destacar que incumbe àquele que recebe recursos federais o dever de demonstrar a correta aplicação dos valores que lhe foram confiados, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 93 do Decreto-Lei 200/1967. Nessa perspectiva:

A eventual falta de fiscalização do órgão concedente não atenua a responsabilidade do gestor do convênio por irregularidades identificadas, porquanto incumbe àquele que recebe recursos federais o dever de demonstrar a correta aplicação dos valores que lhe foram confiados. (Acórdão 1.998/2017-TCU-2ª Câmara, relatora Ministra Ana Arraes)

O gestor que subscreve o convênio assume a responsabilidade pessoal pela observância de suas disposições, incluindo o ônus de comprovar a boa e correta aplicação dos recursos públicos recebidos. (Acórdão 5.742/2016-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Bruno Dantas)

É dever do gestor público, em especial em tomada de contas especial, trazer elementos probatórios consistentes, coerentes e suficientes, que demonstrem, de forma inequívoca, o bom e correto emprego das verbas geridas, de acordo com as normas pertinentes. (Acórdão 2.435/2015-TCU-Plenário, relatora Ministra Ana Arraes)

13.15 Feitas essas considerações, pode-se concluir que, independentemente da atividade fiscalizadora do Ministro do Turismo, cabe ao gestor conveniente o ônus de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos recebidos em proveito do objeto pactuado.

13.16 Quanto à solicitação ao MTur das fotografias originais pelo TCU, cabe registrar que, por força do que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, compete ao gestor comprovar a boa e



regular aplicação dos recursos públicos, isto é, cabe ao gestor o ônus da prova. Portanto, não compete ao TCU realizar diligência para a obtenção de provas. Nesse sentido, citem-se os acórdãos 1.599/2007-TCU-Plenário (relator Ministro Ubiratan Aguiar), 611/2007-TCU-1ª Câmara (relator Ministro Augusto Nardes) e 1.098/2008-TCU-2ª Câmara (relator Ministro Benjamin Zymler).

13.17 O recorrente informou sobre a existência de processo na esfera penal, que teria motivação idêntica, com absolvição dos réus, já que os shows teriam existido. No mencionado processo, a sentença, confirmada pelo juízo de segundo grau, absolveu os réus do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993 (peça 75).

13.18 Sobre o tema, cabe destacar que este TCU tem diversos precedentes nos quais se fixou o entendimento de que o princípio da separação de instâncias não é absoluto e a exceção se dá, justamente, nas decisões judiciais tomadas na esfera penal em que se reconhece a inexistência do fato ou a negativa de sua autoria. Com efeito:

O princípio da independência das instâncias permite ao TCU apreciar, de forma plena, a boa e regular gestão dos recursos públicos federais, mesmo nos casos em que as irregularidades também estejam sendo apuradas em outras instâncias administrativas ou judiciais. O juízo administrativo só se vincula ao penal quando neste último é afirmada, categoricamente, a inexistência do fato ou que o acusado não foi o autor do ilícito. (Acórdão 30/2016-TCU-Plenário, relator Ministro Augusto Nardes)

A absolvição penal afasta a responsabilidade administrativa do gestor perante o TCU apenas quando declarar a inexistência do fato ou da autoria imputada. Se a absolvição penal for por falta de provas ou ausência de dolo, tal responsabilidade do gestor não é excluída (Acórdão 1468/2016-TCU-Segunda Câmara, relator Ministro-Substituto André de Carvalho)

A sentença proferida pelo juízo cível, sob qualquer fundamento, não vincula a decisão administrativa proferida pelo TCU, em razão do princípio da independência das instâncias. 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 civil e administrativa do agente. (Acórdão 131/2017-TCU-Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

13.19 Como se vê, a sentença proferida pelo juízo cível, sob qualquer fundamento, não vincula a decisão administrativa proferida pelo TCU, em razão do princípio da independência das instâncias. 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 civil e administrativa do agente.

13.20 No caso concreto, a sentença na esfera penal não tem o condão de elidir a responsabilização civil e nem administrativa, uma vez que absolveu os réus do delito estampado no art. 89 da Lei 8.666/1993, que cuida de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei. A investigação na seara penal abrangeu escopo distinto desta TCE, cujo fundamento refere-se não somente à contratação por inexigibilidade, mas também à não-comprovação da realização do evento e à ausência de nexo de causalidade entre os recursos repassados e o pagamento das atrações artísticas.

13.21 Oportunamente, cabe registrar que o objeto do processo na seara penal referenciado pelo recorrente - Pinhão Fest 2009”, no período de 20 a 22 de março/2009 - também constou de processo de TCE neste Tribunal (TC 001.799/2015-0). Mencionadas contas, através do Acórdão 2.793/2016-TCU-1ª Câmara, da relatoria do Ministro-Substituto Weder de Oliveira, foram julgadas irregulares com imputação de débito e multa, em razão da não-comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos federais transferidos. Em face da mencionada deliberação, foi interposto recurso de reconsideração, que mediante o Acórdão 10.042/2017-TCU-1ª Câmara, relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, foi conhecido e improvido.



13.22 Por todo o exposto, as alegações de defesa apresentadas pelo responsável não conduzem à alteração da decisão emanada por esta Corte de Contas, uma vez que não comprovaram a regularidade da contratação das atrações artísticas por inexigibilidade de licitação, o nexo entre os valores recebidos e as despesas executadas, bem como a execução do objeto do convênio.

14. Competência do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe para fiscalizar a aplicação dos recursos do convênio e falta de estrutura técnica do município

14.1 O recorrente argumenta que as despesas do Município de São Francisco/SE são apreciadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (TCE/SE), e menciona inspeção realizada pelo TCE/SE, em 2017, a qual demonstra que as cartas de exclusividade eram acatadas na contratação de atrações artísticas (peça 73). O recorrente apresenta resolução do TCE/SE orientando acerca da realização de eventos festivos (peça 74).

14.2 Na opinião do recorrente, município de pequeno porte não tem estrutura técnica qualificada para acompanhar a execução de convênio de grande magnitude e complexidade. E assevera que o MTur jamais afirmou que não houve a festa, apenas constatou pequenas impropriedade, as quais, em parte, também são de sua responsabilidade, pois não foi realizada a inspeção *in loco*, no momento da realização dos shows.

Análise

14.3 Em parte, assiste razão ao recorrente ao afirmar que despesas do Município de São Francisco/SE são apreciadas pelo TCE/SE. Contudo, cabe ao TCU a apreciação de despesas do aludido município realizadas com recursos federais.

14.4 A competência do TCE/SE sobre o exame de despesas municipais não gera qualquer impacto sobre o juízo do TCU, em razão da especificidade das matérias examinadas em cada esfera federativa e da independência de atuação do TCU e sua jurisdição sobre os recursos de origem federal, conforme entendimento assentado nos Acórdãos 1.445/2015-TCU-2ª Câmara (relatora Ministra Ana Arraes), 660/2016-TCU-2ª Câmara (relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer), 4.713/2018-TCU-2ª Câmara (relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer), 3.196/2017-TCU-2ª Câmara (relator Ministro Aroldo Cedraz), 2.004/2007-TCU-Plenário (relator Ministro Benjamin Zymler) e 4.632/2015-TCU-1ª Câmara (relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira).

14.5 A alegação da ausência de estrutura técnica qualificada para acompanhar a execução do convênio não merece prosperar, pois a capacidade técnica e gerencial foi reconhecida mediante declaração constante da proposta de celebração do convênio, cujo proponente responsável era o próprio recorrente (peça 2, p. 6):

declaramos que o município tem plena capacidade técnica e gerencial para a realização deste evento uma vez que o município já tem uma grande experiência na realização de outros eventos com total sucesso de público e na geração de renda

14.6 O uso de cartas de exclusividade como fundamento para a inexigibilidade da contratação das atrações artísticas e a ausência da inspeção *in loco* foram objeto de análise na seção anterior; e a não-realização da festa foi atestada pelo Ministério do Turismo mediante a Nota Técnica de Análise 158/2013 e respectivo despacho (peças 21, p. 2, e 26).

14.7 Assim, a análise acima demonstrou a competência do TCU para fiscalizar a aplicação dos recursos federais, bem como a improcedência da alegação de ausência de estrutura técnica do município para acompanhar a execução do convênio e da afirmação de que jamais o MTur havia atestado a não-realização da festa.

15. Ausência de dolo ou má-fé

15.1 O recorrente defende que não está configurado o cometimento de má-fé ou dolo e que agiu em consonância com as normas legais e na busca do interesse público. Reconhece a existência

de falhas meramente formais, que não prejudicaram a lisura no tratamento com a coisa pública e nem a boa aplicabilidade dos recursos financeiros recebidos.

Análise

15.2 Quanto à responsabilidade dos jurisdicionados, o TCU segue a regra geral da responsabilidade civil, ou seja, examina a conduta dos agentes públicos sob o prisma da responsabilidade subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé para que o gestor seja responsabilizado.

15.3 Desse modo, é suficiente a quantificação do dano, a identificação da conduta do responsável que caracterize sua culpa, seja por imprudência, imperícia ou negligência, e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa (*stricto sensu*) e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário, nos termos dos Acórdãos 635/2017-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Aroldo Cedraz) e 9.004/2018-TCU-1ª Câmara (relatoria do Ministro do Bruno Dantas).

15.4 Diferentemente da alegação de existência de falhas meramente formais, no caso concreto, os documentos constantes dos autos são incapazes de demonstrar a regular execução física e financeira do objeto do Convênio Siconv 734941/2010, pois não restou comprovada a efetiva apresentação das bandas no evento e nem o recebimento do cachê pelas atrações artísticas.

15.5 Desse modo, não há como acolher as alegações apresentadas.

16. Locupletamento ilícito e enriquecimento sem causa e boa-fé do gestor

16.1 Como objeto do convênio foi realizado, o recorrente entende que a manutenção da glosa configuraria enriquecimento sem causa, o que é proibido por lei, e junta declarações nesse sentido (peça 76), destaca que a festa foi realizada. Aduz que eventual cobrança deve ser feita ao Município de São Francisco/SE, e não do recorrente que agiu de boa-fé.

16.2 Para o recorrente, o TCU glosou o valor de R\$ 100.000,00, contudo somente foi pago à empresa o valor de R\$ 99.750,00 e o valor de R\$ 5.250,00, referente ao ISS, foi retido em favor do município (peças 77 e 78). O recorrente entende que não cabe a ele devolver o valor do ISS.

Análise

16.3 O MTur, através da Nota Técnica de Análise 158/2013 e de respectivo despacho, concluiu pela reprovação quanto à execução física do objeto (peças 21, p. 2, e 26). Com relação às declarações juntadas, deve-se registrar que são insuficientes para comprovar a aplicação regular de recursos públicos, notadamente quando não vêm acompanhados de elementos capazes de estabelecer o nexo entre o desembolso dos recursos recebidos da União e as despesas. Nessa linha, são os Acórdãos 7.409/2016-TCU-1ª Câmara (relator Ministro Benjamin Zymler), 11.937/2016-TCU-2ª Câmara (relator Ministro-Substituto André de Carvalho) e 293/2017-TCU-Plenário (relator Ministro Benjamin Zymler).

16.4 A comprovação da execução do objeto do convênio, por si só, não constitui prova do bom e regular emprego dos recursos para tanto repassados. É imprescindível a demonstração da correta aplicação dos recursos recebidos, ou seja, o inequívoco nexo entre as receitas e despesas, sob pena de não se aprovar a prestação de contas.

16.5 A pessoa física do prefeito não se confunde com a pessoa jurídica do município. A criação da pessoa jurídica é mera ficção do direito, um ser inanimado que não reúne condições para a realização de atos no mundo jurídico, ou seja, não pratica atos da vida civil e não tem vontade própria. Nesse contexto, é imprescindível a presença da pessoa física do chefe do poder executivo municipal para gerir os negócios públicos, pois os atos decorrentes do município são, na verdade, praticados pelos seus representantes legais que atuam legitimamente em nome da pessoa jurídica. O prefeito é o administrador dos recursos públicos federais repassados à municipalidade e, nessa condição, é o responsável pela prestação de contas ao órgão repassador.

16.6 Esse entendimento é decorrência do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, *in verbis*:

Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

16.7 Ademais, o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 preceitua que “Quem quer que utilize dinheiros públicos terá que justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”. Na mesma linha, o art. 39 do Decreto 93.872/1986 disciplina que “Responderão pelos prejuízos que acarretarem à Fazenda Nacional, o ordenador de despesas e o agente responsável pelo recebimento e verificação, guarda ou aplicação de dinheiros, valores e outros bens públicos”. A jurisprudência desta Corte de Contas é pacífica nesse sentido, conforme os seguintes precedentes: Acórdãos 1.028/2008-TCU-Plenário (relator Ministro Raimundo Carreiro), 630/2005-TCU-1ª Câmara (relator Ministro Guilherme Palmeira) e 752/2007-TCU-2ª Câmara (relator Ministro Aroldo Cedraz).

16.8 Com relação a alegada boa-fé, cabe registrar no TCU, adota-se a acepção objetiva da boa-fé, consistente na atuação conforme um padrão de conduta aceito como adequado e recomendável pelo meio social onde está inserido o agente, e não na boa-fé subjetiva, relacionada ao estado mental no momento em que atuou, isto é, ao propósito presente na conduta. A boa-fé objetiva não perscruta o estado de consciência do agente no momento da ação, como faz a boa-fé subjetiva. Ou seja, o que importa não é a intenção, mas a adequação da conduta a um padrão esperado (Acórdãos 3.739/2019-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Bruno Dantas; 351/2019-TCU-Plenário, relator Ministro Vital do Rêgo; 6.317/2018-TCU-2ª Câmara, relatora Ministra Ana Arraes; 1.486/2012-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Marcos Bemquerer).

16.9 Portanto, faz-se necessário, a partir de elementos que integram os autos, constatar algum ato ou fato capaz de caracterizar como zelosa e diligente a conduta do responsável. Nesse passo, citem-se os Acórdãos 3.441/2012-TCU-Plenário (relator Ministro Walton Rodrigues) e 4.667/2017-TCU-1ª Câmara (relator Ministro Bruno Dantas).

16.10 A verificação da boa-fé é realizada por ocasião da resposta à citação e se presta verificar a possibilidade de fixação de novo e improrrogável prazo para que o responsável recolha a importância devida, conforme o disposto no art. 12 da Lei 8.443/1992 e nos parágrafos 2º e 3º do artigo 202 do Regimento Interno do TCU (RI/TCU).

16.11 No caso concreto, a revelia do responsável impôs o julgamento das contas, em consonância com os Acórdãos 2.465/2014-TCU-Plenário (relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer), 4.217/2014-TCU-2ª Câmara (relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer), 4.369/2014-TCU-1ª Câmara (relator Ministro Benjamin Zymler) e 284/2014-TCU-1ª Câmara (relator Ministro José Múcio).

16.12 O valor do Convênio Siconv 734941/2010 corresponde a R\$ 105.000,00, com seguinte composição: R\$ 5.000,00 de contrapartida do conveniente e R\$ 100.000,00 à conta do concedente. Considerando que o acórdão recorrido condenou o recorrente ao recolhimento do valor de R\$ 100.000,00, relativo ao montante transferido pela União, não houve condenação indevida quanto ao valor.

16.13 Diante desses elementos, a devolução dos recursos pelo responsável não enseja o enriquecimento sem causa do Estado, uma vez que não foi comprovado o emprego dos valores nas finalidades acordadas. Ademais, não foi possível aferir objetivamente a boa-fé na conduta do responsável.



17. Falta de razoabilidade na multa aplicada

17.1 O recorrente alega que o valor da multa aplicada é mais alto do que normalmente se observa em processos semelhantes. Ao mencionar os arts. 267 e 268, inciso II, do RI/TCU, destaca que não houve dano ao erário, tendo em vista a realização do evento. Destaca que a dosimetria da penalidade excedeu o princípio da razoabilidade, pois as circunstâncias do fato gerador do débito não foram lesivas ao erário e não ocorreu reincidência.

Análise

17.2 Não assiste razão ao recorrente, pois a multa no valor de R\$ 40.000,00 encontra-se dentro do limite estipulado pela Lei 8.443/1992 e pelo Regimento Interno do TCU. Veja-se o que dispõe o art. 267 do RI/TCU:

art. 267. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário, conforme estabelecido no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992.

17.3 Conforme enunciado do Acórdão 3.573/2008-TCU-2ª Câmara, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, o TCU possui competência constitucional e legal para aplicar multa após sopesar a gravidade das irregularidades e do dano causado ao erário, considerados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de evitar reincidência de despesas irregulares. A multa é estabelecida de acordo com a gravidade das irregularidades identificadas.

17.4 A proporcionalidade da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992 em relação ao débito é decorrente do grau de reprovabilidade das condutas praticadas pelos responsáveis. No presente caso, levando-se em conta o valor atualizado do dano, calculado por meio do Sistema Débito até o dia da sessão do julgamento, em 10/3/2020, o Tribunal poderia ter imputado multa de até 100% do valor de R\$ 171.850,00, o que não ocorreu. Ressalta-se, dessa forma, que não foi fixada em valor desarrazoado, nem desproporcional, uma vez que a multa imputada alcançou 23,2% desse valor.

17.5 Portanto, a multa aplicada, no caso em questão, foi devidamente fundamentada e aplicada nos limites previstos em norma.

CONCLUSÃO

18. Das análises anteriores, conclui-se, relativamente ao Convênio Siconv 734941/2010, que:

a) a responsabilização do decorrente decorreu de sua atuação como gestor dos valores recebidos, e não da sua condição de agente político;

b) não houve aplicabilidade de portaria editada posteriormente à celebração do convênio;

c) persiste a ausência de comprovação da boa e regular aplicação dos recursos recebidos, além do não-cumprimento do objeto, tendo em vista a irregularidade na contratação por inexigibilidade de licitação e ausência de comprovação do pagamento dos artistas contratados;

d) a competência para fiscalizar a aplicação dos recursos federais pertence ao Tribunal de Contas da União e existência de adequada estrutura técnica do município para acompanhar e executar o objeto do convênio, conforme afirmado por ocasião do pleito pela avença;

e) a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor não é requisito indispensável para sua responsabilização;

f) a não-ocorrência de locupletamento e enriquecimento ilícito, uma vez que o débito decorreu da não-comprovação da boa e regular aplicação dos recursos recebidos e a não-constatação da boa-fé objetiva na conduta do gestor; e



g) a multa foi aplicada e fundamentada nos limites previstos na norma.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

19. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e ao gabinete do Relator, propondo:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) comunicar a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte ao recorrente, ao Ministério do Turismo e à Procuradoria da República no Estado de Sergipe.

TCU/Secretaria de Recursos/4ª Diretoria,
em 5 de junho de 2020.

(Assinado eletronicamente)
NILZIETHE VIEIRA VILELA
Auditora Federal de Controle Externo
Matrícula 2875-4