

TC 033.499/2015-2

Natureza: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial)

Entidade: Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT).

Recorrentes: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (Paulo Soares Bugarin).

Advogados: Não há.

Pedido de sustentação oral: não há

Sumário: Tomada de Contas Especial. Convênio Ministério do Turismo. Evento festivo local. Ausência de contratos de exclusividade e existência de nota fiscal com valor integral e não individual. Falhas formais. Contas regulares com ressalvas. Recurso de reconsideração do *Parquet*. Contrarrazões. Ausência de prescrição da pretensão punitiva e do ressarcimento. Superfaturamento: ausência de justificativa para a diferença entre os valores repassados às bandas e o valor da nota fiscal emitida pela empresa representante. Ausência da declaração de exclusividade. Precedentes. Débito. Multa. Conhecimento e provimento parcial.

INTRODUÇÃO

1.1. Cuida-se de recurso de reconsideração (peça 36) interposto pelo Ministério Público junto ao TCU/MPTCU, contra o Acórdão de relação 5.888/2019-TCU-1ª Câmara (peça 29), relator Min. Weder de Oliveira, por meio do qual o Tribunal julgou tomada de contas especial instaurada em decorrência da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos federais transferidos por força do Convênio 142/2010 (Siconv 732317).

1.2. Transcreve-se a decisão recorrida:

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, com fundamento nos arts. 1º, I, 16, II, 18 e 23, II, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 1º, I, 208, § 1º e 2º, do RI/TCU e na forma do art. 143, I, 'a', do RI/TCU, ACORDAM, por unanimidade, em acatar as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis; em julgar as contas dos responsáveis regulares com ressalva, em razão dos motivos a seguir listados, e dar-lhe quitação, promovendo-se, em seguida, o arquivamento do processo, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.

a) não apresentação dos contratos de exclusividade com registro em cartório, indicando a exclusividade do intermediário contratado para agenciar as apresentações artísticas pagas com recursos do convênio;

b) apresentação de nota fiscal (nota fiscal 188) em nome das bandas contratadas, com valor integral e não individual.

HISTÓRICO

1.3. Em análise processo de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo (MTur) contra a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e seu presidente, Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, em face da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos federais transferidos por força do Convênio 142/2010 (Siconv 732317), firmado entre o MTur e a Associação Sergipana de Blocos de Trio, tendo por objeto o evento intitulado “XXIV Festa do Vaqueiro da Cidade de Frei Paulo/SE 2010”.

1.4. Para execução do objeto conveniado, foram previstos R\$ 209.000,00, sendo R\$ 200.000,00 transferidos pela concedente e R\$ 9.000,00 correspondentes à contrapartida (peça 1, p. 49), com as ordens bancárias acostadas à peça 1, p. 64.

1.5. Em seu derradeiro relatório de TCE 244/2015, de 6 de maio de 2015 (peça 1, p. 161-165), que incluiu constatações verificadas pela Controladoria-Geral da União, o tomador de contas apontou como motivo para a instauração da tomada de contas especial a impugnação total das despesas, decorrente das seguintes irregularidades na Execução Financeira do Convênio 142/2010 (Siconv 732317):

a) contratação de artistas por inexigibilidade mediante empresas intermediárias e não realizada diretamente com o artista ou com empresário exclusivo;

b) ausência de justificativa de preços e de escolha do fornecedor, em desatendimento aos princípios da legalidade, economicidade e moralidade;

c) divergência entre os valores contratados e os efetivamente recebidos pelas bandas/artistas contratados;

d) ausência de elementos suficientes que permitissem a emissão de parecer técnico conclusivo a respeito do cumprimento do objeto do convênio;

e) nota fiscal apresentada em nome das bandas com valor global e não individualmente para cada banda.

1.6. Concluída a tomada de contas especial no âmbito do MTur, a Secretaria Federal de Controle Interno, com fundamento no seu relatório de auditoria 1831/2015 (peça 1, p. 187-191), certificou a irregularidade das contas (peça 1, p. 193) e a autoridade ministerial competente tomou conhecimento dos fatos, na forma regulamentar, determinando o encaminhamento das presentes contas a este Tribunal (peça 1, p. 201).

1.7. No âmbito do TCU, o encaminhamento proposto pela Secex-TCE foi no sentido de acolher parcialmente as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, pois considerou que houve comprovação da execução física dos shows e de pagamentos à empresa intermediária e aos artistas, sem indicação de sobrepreço.

1.8. A unidade técnica justificou ainda a diferença entre os valores contratados e os efetivamente recebidos pelas bandas como inerente aos custos envolvidos nas contratações dessa natureza e circunscrita à relação comercial entre particulares, além de reputar como irregularidades formais a ausência de contratos de exclusividade com registro em cartório e o valor global da Nota Fiscal 188, pugnando pelo julgamento das contas dos responsáveis pela regularidade com ressalvas.

1.9. O Tribunal acolheu o pronunciamento uníssono da Secex-TCE (peças 25-27), secundado pelo representante do MPTCU (peça 28), e prolatou o Acórdão 5.888/2019-TCU-1ª Câmara (peça 29), julgando regulares com ressalvas as contas dos responsáveis.

1.10. O Ministério Público junto ao TCU, por intermédio do Gabinete do Procurador Paulo Soares Bugarin, interpõe recurso de reconsideração (peça 36), com base no art. 32, I e 33, da Lei 8.443/1992 e no art. 285 do RI/TCU, o qual se passa a analisar, juntamente com as contrarrazões apresentadas com fundamento no art. 283 do RI/TCU pela Associação Sergipana de Blocos de Trio (peça 60).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

1.11. A instrução perfilha o exame de admissibilidade (peças 39-40) que concluiu pela admissibilidade do recurso, nos termos do despacho do Ministro Benjamin Zymler (peça 42).

EXAME DE MÉRITO

2. Delimitação

2.1. Constitui objeto do recurso e das respectivas contrarrazões definir se:

a) ocorreu a prescrição da pretensão punitiva e do débito, ausente ainda o dolo ou erro grosseiro.

b) ocorreu a quebra do nexos causal entre os recursos repassados e o objeto do convênio, com a contratação de empresa intermediária e a existência de outras fontes de financiamento;

c) o fornecedor do serviço era o único detentor da carta de exclusividade do artista.

3. Da prescrição da eventual pretensão punitiva e do débito e da ausência de dolo, culpa grave ou erro grosseiro (peça 60, p. 2-3)

3.1. Por se tratar de questão de ordem pública, analisa-se inicialmente os argumentos deduzidos em contrarrazões da Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) acerca da prescrição quinquenal da eventual pretensão de ressarcimento, com base no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do RE 636.886 (Tema 899 de repercussão geral).

3.2. Afirma a responsável que os fatos apurados ocorreram em abril de 2010, sem prova de dolo/erro grosseiro ou vantagem, e que a presente tomada de contas especial foi instaurada somente em 2015, encontrando-se prescrita.

3.3. Caso não reconhecida a prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário, requer seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do TCU, com base em decisões do Supremo Tribunal Federal (MS 32.201, rel. Min. Roberto Barroso, julg. 21/3/2017), que reconheceram a prescrição quinquenal da pretensão punitiva do TCU.

Análise

3.4. A alegação de prescrição assume particular relevância, dado o recente julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da repercussão geral). Os significativos impactos deste julgamento foram objeto de análise pela Serur nos autos do TC 027.624-2018-8. Por economia processual, juntou-se a estes autos (**peça 63**) cópia do exame e do pronunciamento da unidade emitidos pela Serur naquele processo, em que foram fundamentadas as seguintes premissas, que serão consideradas no presente exame:

a) pela jurisprudência até então vigente, a pretensão punitiva exercida pelo Tribunal de Contas estava sujeita à prescrição, regida pelos critérios fixados no Acórdão 1441/2016-TCU-

Plenário. Já quanto ao débito, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por expressa previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. No entanto, ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação a esse dispositivo, fixando a tese de que “*é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”;

b) embora o RE 636.886 tenha por objeto a execução de acórdão condenatório proferido pelo TCU, a interpretação conferida pelo STF ao art. 37, § 5º, da Constituição, afeta a ação de ressarcimento como um todo, abrangendo não só a execução, mas também a pretensão condenatória. E, ao contrário da decisão proferida no julgamento do tema 897 (RE 852.475), no tema 899, relativo à atuação do Tribunal de Contas, a conclusão de que a pretensão de ressarcimento é prescritível foi estabelecida de forma categórica, sem ressaltar as condutas dolosas qualificáveis como ato de improbidade;

c) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta (em especial, a quantificação do dano) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

d) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, favoráveis à aplicação do Código Civil, a Lei 9.873/1999 adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, em decisões posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Assim, até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das medidas de ressarcimento a cargo do tribunal de contas deve observar o regime Lei 9.873/1999;

e) assim, nos casos em que a prescrição não tenha ocorrido por nenhum dos dois regimes (Código Civil ou Lei 9.873/1999), o desfecho do processo não se alterará, qualquer que seja a premissa adotada (imprescritibilidade, prescritibilidade pelo Código Civil ou pela Lei 9.873/1999), viabilizando-se o imediato julgamento. Já nas situações em que a pretensão de ressarcimento esteja prescrita por algum dos dois regimes, ou por ambos, e considerando que o acórdão proferido no RE 636.886 sofreu a oposição de embargos de declaração em 14/8/2020, o direcionamento a ser proposto nessa hipótese é o de sobrestar os autos, devido à possibilidade de esclarecimentos/modulação dos efeitos da decisão do STF.

3.5. As manifestações da Serur juntadas à peça 63 foram elaboradas quando ainda não estava disponibilizado o inteiro teor do acórdão do RE 636.886. Em nova análise após a publicação da decisão (DJe de 24/6/2020), inclusive mediante o cotejo com os demais votos proferidos no julgamento, conclui-se pela subsistência das premissas indicadas acima, cabendo destacar dois aspectos relevantes.

3.6. O primeiro diz respeito à ressalva aos atos dolosos de improbidade. Observa-se que tanto na manifestação do TCU, como *amicus curiae* (peça 35 do RE 636.886), como na manifestação do Ministério Público Federal na condição de fiscal da ordem jurídica (peça 38), o tema 897 foi invocado com o fim de preservar a atuação dos tribunais de contas no caso de prejuízos causados dolosamente, mediante condutas típicas de improbidade administrativa. Todavia, o pedido não foi acolhido. No ponto, não houve divergência quanto ao entendimento do relator, de que “as razões que levaram a maioria da Corte a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa”.

3.7. O segundo aspecto diz respeito à não incidência do Código Civil no regime de prescrição do ressarcimento. Nos votos em que a questão do prazo prescricional foi abordada, a referência foi sempre ao prazo quinquenal, usualmente adotado pelas normas de direito público.

3.8. Com essas considerações preliminares, passa-se à análise da prescrição no caso em exame, considerando-se as premissas adrede indicadas.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário

3.9. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

3.10. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

3.11. Aplicando essas balizas ao caso em exame, verifica-se que a prescrição decenal não se verificou, pois o seu termo inicial se deu em **30/6/2010**, data de pagamento à empresa intermediária (peça 12, p. 95). O ato que autorizou a citação da ABST e do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto foi expedido pelo Diretor da Secex-Sergipe em **14/8/2017** (peça 17), motivo pelo qual não transcorreu o prazo decenal que caracterizaria a prescrição nos critérios do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

3.12. Adotando-se as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, e considerando-se o prazo geral de cinco anos, observa-se que não ocorreu a prescrição em relação à ABST e ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira, assim como não se observou a prescrição intercorrente. Para tanto, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

a) Termo inicial:

3.13. A Lei 9.873/1999, art. 1º, traz previsão expressa a respeito do início do prazo, tanto em relação à data da prática do ato quanto a infração de caráter permanente ou continuado. Tratando os autos de diversos atos supostamente irregulares (dispensa de licitação sem cotação de preço, contratação de empresa intermediária e respectivo pagamento, ausência denexo causal), a prescrição começa a correr a partir do derradeiro ato, ou seja, na data de pagamento à empresa intermediária, **30/6/2010** (peça 12, p. 95).

b) Prazo:

3.14. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal”. Porém, o Superior Tribunal de Justiça possui sólida jurisprudência no sentido de que a “pretensão punitiva da Administração Pública em relação à infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional criminal quando instaurada a respectiva ação penal” (REsp 1116477/DF, relator Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe 22/8/2012; MS 15462/DF, relator Min. Humberto Martins, 1ª Seção, DJe 22/3/2011; e MS 14446/DF, relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, DJe 15/2/2011, entre outros).

3.15. Como não se tem notícia da propositura de ação penal contra o responsável acerca dos fatos de que se trata no presente processo, fica afastada essa possibilidade. Dessa forma, será considerado o prazo geral de cinco anos.

c) Interrupção pela citação do responsável:

3.16. A prescrição também é interrompida “pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital”, nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.873/1999. E, no regime dessa lei, a interrupção se dá pela citação propriamente dita, e não pelo despacho que a ordena. Com esse fundamento, houve a interrupção em **23/8/2017** com a citação de **Lourival Mendes de Oliveira e à ASBT (ARs de peças 21-22)**.

d) Da prescrição intercorrente:

3.17 Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando “julgamento ou despacho”.

3.18 Note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

3.19 Trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

3.20 A extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a “apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”.

3.21 Em muitas situações o exame da prescrição intercorrente pode ficar prejudicado nos processos já em tramitação no TCU. Como a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, as peças que compõem a tomada de contas especial, elencadas no art. 10 da Instrução Normativa-TCU 71/2012, não contemplam informações pormenorizadas quanto ao andamento do processo na fase interna, o que pode prejudicar a análise de eventual paralisação por mais de três anos.

3.22 Assim, caso o tribunal venha a adotar a sistemática da Lei 9.873/1999 para aferir a prescrição, convém avaliar, oportunamente, a possibilidade de ajustes na IN-TCU 71/2012, para que as tomadas de contas especiais encaminhadas ao tribunal contemplem informações sobre as interrupções ocorridas na fase interna do procedimento (como, por exemplo, declaração do órgão instaurador da TCE, de que o processo não ficou paralisado por mais de três anos, na forma do art. 1º, § 1º, da citada lei).

3.23 Especificamente quanto a esta TCE, as causas de interrupção elencadas acima permitem evidenciar que o processo teve andamento regular, não se operando a prescrição intercorrente.

e) Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos:

3.24. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “**por citação pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital**” (art. 2º, I) ou “**por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato**” (art. 2º, II). Os exemplos típicos, no caso em exame, podem ser representados pelas notas técnicas de análise e reanálise e pela

fiscalização da CGU para apurar a boa e regular aplicação dos recursos federais repassados, bem como as comunicações dirigidas aos responsáveis e as análises técnicas empreendidas por esta Corte.

3.25. Com esses fundamentos, e considerando como prazo *a quo* o dia **30/6/2010**, a prescrição restou interrompida nas seguintes datas:

a) em **2/10/2012**, com a Nota Técnica de Análise 896/2012, que concluiu não terem sido apresentados elementos suficientes que permitissem a emissão de parecer técnico conclusivo a respeito do cumprimento do objeto (peça 1, p. 80-84);

b) em **9/9/2013**, com a Nota Técnica de Reanálise 735/2013, que se pronunciou no sentido da ausência de elementos suficientes que permitissem a emissão de parecer técnico conclusivo sobre o cumprimento do objeto do convênio (peça 1, p. 93-96);

c) em **31/1/2014**, com o Relatório de Demandas Externas 00224.001217/2012-54 da Controladoria-Geral da União - CGU (peça 3), que constatou indícios de irregularidades, como contratação direta de empresas intermediárias, sem a exclusividade exigida pela Lei 8.666/1993, ausência de justificativa de preços, divergência entre os valores contratados e os recebidos pelas bandas, indícios de similaridade na grafia utilizada em documento da ASBT e em notas fiscais das empresas contratadas pela ASBT, falta de comprovação de recebimento dos cachês pelas bandas/artistas contratados, informações de outras fontes de recursos destinados à execução do evento, dentre outros;

d) em **19/9/2014**, com a Nota Técnica de Análise Financeira 497/2014 (peça 1, p. 136-142), que assinalou a necessidade de justificativa de preços e da escolha do fornecedor, a ausência dos contratos de exclusividade, a Nota Fiscal 188 emitida com valor global e não individual, além de outras constatações retiradas do relatório da CGU;

e) em **6/5/2015**, com o Relatório TCE 244/2015 do tomador de contas especial (peça 1, p. 161-165), que concluiu pela impugnação total das despesas do convênio e imputou responsabilidade ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira e à ASBT pelo débito de R\$ 200.000,00;

f) em **16/9/2015**, por meio do relatório de auditoria 1831/2015 da CGU (peça 1, p. 187-191), que concluiu pelo débito solidário atualizado até aquela data de R\$ 323.251,90, e com os pareceres subsequentes do Controle Interno (peça 1, p. 193-201);

g) em **30/6/2016**, com as diligências deste TCU endereçadas à Controladoria-Geral da União em Sergipe e à Secretaria Executivo do Ministério do Turismo (peças 6-7), a fim de que enviassem ao Tribunal os papéis de trabalho que deram sustentação a todas as constatações apontadas no Relatório de Demandas Externas 00224.001217/2012-54 (peça 3) e na Nota Técnica de Reanálise 497/2014 (peça 1, p. 136-141);

h) em **4/8/2017**, com a análise técnica realizada pela Secex-SE (peça 16), que concluiu pela ocorrência de dano ao erário e pela citação Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, presidente da ASBT (gestão 2010), e da entidade conveniente, com a anuência do Secretário da Secex-SE (peça 17);

i) em **15/8/2017**, com os Ofícios de Citação 682/2017-TCU/SECEX-SE dirigido à ASBT (peça 19) e 683/2017-TCU/SECEX-SE (peça 20) encaminhado ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto;

j) em **1º/3/2019**, com o pronunciamento técnico uníssono da Secex-TCE (peças 25-27), unidade para a qual o processo foi trasladado a partir da Secex-SE, secundado pelo parecer do MPTCU (peça 28) e que concluiu pelo acatamento das alegações de defesa dos responsáveis com

o julgamento de suas contas regulares com ressalvas, com a prolação, em 17/7/2019, do Acórdão 5.888/2019-TCU-1ª Câmara (peça 29).

Conclusão sobre a prescrição

3.26. Independentemente da existência de outras causas interruptivas não elencadas acima (v.g., as comunicações realizadas na fase interna da TCE), cujo levantamento não se fez necessário, observa-se, pelos eventos indicados, que em nenhum momento transcorreu prazo suficiente para se operar a prescrição (nem mesmo se se considerasse o prazo geral de cinco anos), tomando-se por referência a Lei 9.873/1999, tida pelo STF como norma regente da prescrição da pretensão punitiva pelo TCU.

3.27. Partindo-se da premissa de que a **pretensão reparatória** deve seguir idênticas balizas (Lei 9.873/1999) enquanto não houver norma específica a respeito, a demonstração de que não se operou a prescrição punitiva impõe, como consequência, a conclusão de que também é viável eventual condenação ao ressarcimento de prejuízo a ser apurado.

Sobre a existência de dolo ou erro grosseiro

3.28. Quanto à alegada não ocorrência de dolo ou erro grosseiro, cuja sindicância se faz necessária a fim de aquilatar sobre a eventual pretensão punitiva do TCU, ressalte-se que as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especialmente em seu art. 28, são dirigidas, *prima facie*, aos agentes públicos:

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

3.29. Como se vê, a LINDB é cristalina e estatui que o agente público responderá (e não poderá responder) pessoalmente por erro grosseiro. Todavia, não o conceituou.

3.30. O Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, por meio do §1º do art. 12, é que trouxe o conceito de erro grosseiro. Eis o teor do dispositivo que regulamentou o disposto nos arts. 20 ao 30 da LINDB:

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.

3.31. A esse respeito, transcreve-se ainda 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.

69. Segundo os arts. 22 e 28 da LINB, 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.

(...)

§ 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.” (grifos acrescidos).

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.

3.32. Como se vê, **o Tribunal tem entendido que erro grosseiro é aquele praticado com culpa grave.**

3.33. No caso concreto, conforme se analisará nos itens subsequentes, o que se observou foi a ausência de justificativa para pagamentos realizados para a empresa intermediária do evento sem justificativa de valor, sem que se configurasse, de outra borda, a não realização do objeto do convênio.

3.34. Desse modo, tem-se que os responsáveis foram citados pelo Tribunal (peças 19-20) em razão da contratação, pela ASBT, da empresa intermediária Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. para atuar como representante das bandas por meio de inexigibilidade de licitação, sem que a empresa fosse representante exclusiva, em descumprimento ao Acórdão 96/2008-TCU-Plenário e à Cláusula Terceira, II, “oo” do termo de convênio, e tendo em vista que os valores pagos à empresa intermediária não foram utilizados totalmente para a consecução do objeto pactuado, haja vista a divergência entre os valores contratados e os efetivamente recebidos pelas bandas, a título de cachê, em violação da Portaria Interministerial MPOG/MF MPOG/MF/CGU 127/2008 e na Cláusula Terceira - Das Obrigações dos Partícipes, inciso II, alínea “II” do Convênio 142/2010 (Siconv 732317), que vedam a realização de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar.

3.35. Para fins de verificação de erro grosseiro, cometido com culpa grave, com objetivos sancionatórios, não seria possível utilizar como parâmetro tão somente acórdão do TCU que não foi dirigido aos responsáveis (ASBT e seu Presidente), relativo à impossibilidade de contratação de empresário não exclusivo (Acórdão 96/2008-TCU-Plenário). Porém, no caso vertente, havia **expressa cláusula no instrumento** firmado exigindo a apresentação (Cláusula Terceira, II, “oo”, na prestação de contas, de contrato de exclusividade registrado em cartório (peça 1, p. 48).

3.36. Esta Corte tem entendimento no sentido de que a ausência de contrato de exclusividade registrado em cartório não deve ensejar, por si só, o julgamento pela irregularidade das contas tampouco a condenação em débito dos responsáveis, devendo ser sopesada com outros elementos, notadamente indícios de inexecução contratual ou de quebra do nexo de causalidade (Acórdão 1435/2017-TCU-Plenário).

3.37. Nesse sentido, se as bandas ou artistas não detinham empresário exclusivo nos termos exigidos no termo de convênio, deveriam ter sido contratados diretamente pela ASBT, sem intermediários, visto que não houve qualquer justificativa para o **pagamento a maior efetuado**, conforme se analisará no próximo tópico. Desse modo, considera-se caracterizado o erro grosseiro.

3.38. Quanto a eventual débito, a orientação que permanece nesta Corte, mesmo após o advento da Lei 13.655/2018, que alterou a LINDB, é de que não é necessária a configuração do dolo ou erro grosseiro para eventual determinação de **ressarcimento ao erário**, com base na não justificativa da diferença de valores contratados e os efetivamente pagos às bandas. Tal orientação se impõe, ao menos até este momento, mesmo diante do **Decreto 9.830/2019** que regulamentou dispositivos da LINDB relativos à responsabilização do agente público. É o que se depreende das seguintes Ementas da jurisprudência selecionada desta Corte:

O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins do direito de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). As alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINB) pela Lei 13.655/2018, em especial a inclusão do art. 28, não provocaram modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito (**Acórdão 2.391/2018-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler**)

O art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (LINDB), que trata da responsabilização pessoal do agente em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica ao particular contratado pela

Administração Pública e se refere exclusivamente à aplicação de sanções, visto que o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal) (**Acórdão 2.768/2019-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler**).

3.39. Ou seja, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a obrigação de ressarcimento ao erário **prescinde de comprovação de dolo** ou mesmo da **evidenciação de locupletamento pessoal**. 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 eventual dano ao erário, o que, no caso vertente, se verificou pela não justificativa da diferença de valores pagos à empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. e aqueles recebidos pelas bandas artísticas contratadas.

3.40. Nesse sentido, permanecem vigente e válidos os seguintes julgados desta Corte (Ementas da jurisprudência selecionada):

A condenação em débito independe da ocorrência de conduta dolosa ou de locupletamento, bastando para tanto a constatação de conduta culposa (*stricto sensu*) dos responsáveis pela irregularidade que ocasionou o dano ao erário (**Acórdão 2.367/2015-TCU-Plenário, Min. Benjamin Zymler**);

A obrigação de ressarcimento ao erário prescinde de comprovação de dolo. 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 (**Acórdão 185/2016-TCU-Plenário, Min. Vital do Rêgo**).

3.41. Desse modo, rejeitam-se os argumentos deduzidos relativos à prescrição bem como aqueles concernentes à ausência de erro grosseiro, culpa grave ou dolo, salientando-se que esta verificação não se aplica à eventual necessidade de ressarcimento ao erário.

4. Da quebra do nexo causal entre os recursos repassados e o objeto do convênio, com a contratação de empresa intermediária e a existência de outras fontes de financiamento (peças 36, p. 2-9 e 60, p. 8-25)

4.1. Ao discordar do *decisum* recorrido, o MPTCU afirma que apesar de os documentos fiscais demonstrarem que os recursos do convênio foram repassados à entidade Sergipe Show e desta a uma empresa intermediária, não há comprovantes como recibos, cheques, notas fiscais, extratos bancários ou contratos que demonstrem que tais recursos foram utilizados no pagamento de cachês, o que impede estabelecimento do nexo financeiro.

4.2. Afastou a tese de que a repartição do preço do espetáculo entre as bandas e sua produtora circunscreve-se à relação comercial entre particulares, quando essa relação não está demonstrada por documentos hábeis de que os recursos foram aplicados no objeto pactuado.

4.3. Cita jurisprudência do TCU acerca da necessidade de demonstrar o nexo causal das despesas (Acórdãos 936/2019-TCU-Plenário e 2846/2019-TCU-1ª Câmara). Aponta três casos em que a ASBT figura como conveniente e intermediadora de empresas com a detecção de irregularidades que levaram o Tribunal a solicitar a reavaliação dos casos (TCs n's 033.049/2015-7, 033.490/2015-5 e 032.815/2015-8), com a realização de novas citações.

4.4. Aponta falhas existentes nos procedimentos da espécie para “seguir o dinheiro”, em especial o fato de o MTur aceitar planos de trabalho resumidos, sem detalhamento das despesas que serão realizadas, como no caso presente, em que apenas há previsão de pagamento de cachês,

sem menção a empresa intermediária ou que tal empresa não possui contrato de exclusividade com os artistas.

4.5. Afirma não haver qualquer documento indicando a consulta prévia de preços dos cachês e de quais ações estariam inclusas no orçamento, inclusive comissões, transporte de bandas, hospedagem, alimentação etc. Aduz que no caso vertente os percentuais de comissão variaram de 15% a 66,67%, além da cobrança de comissões extras dos artistas, conforme quadro elaborado pela CGU.

4.6. Afirma que o Tribunal já mostrou preocupação com esse aspecto no Acórdão 2163/2011-TCU-2ª Câmara que determinou “sejam especificados, nos Planos de Trabalho, os valores referentes aos cachês artísticos e aos custos de intermediação empresarial, quando houver”.

4.7. Afirma ainda que não houve comprovação da necessidade de contratação de empresa intermediária e não dos artistas diretamente, e ainda assim o órgão concedente aprovou o plano de trabalho e o projeto.

4.8. Lembra que a festividade em questão recebeu apoio de outros entes como a Prefeitura, o Banco do Estado de Sergipe, a Rádio Educadora e provavelmente de empresários locais, e não haveria garantia de que tais financiamentos não contribuíram para viabilizar o evento, não sendo possível mesmo assegurar que os cachês tenham sido pagos com recursos do convênio. As diferenças apuradas nos autos entre o que teria sido pago de cachês e o que supostamente foi transferido alcança R\$ 94.500,00, em contrariedade ao disposto na Portaria Interministerial 127/2008 e na Cláusula Terceira, inciso II, alínea “II”, do Convênio nº 142/2010.

4.9. Desse modo, o Ministério Público de Contas requer o provimento do recurso para tornar o insubsistente o Acórdão recorrido, julgar irregulares as contas dos responsáveis, em condená-los em débito solidário pelo valor total transferido, além de multa.

4.10. Em **contrarrazões** (peça 60), a ASBT afirma que todo o procedimento foi aprovado pelo Ministério do Turismo, à luz da Portaria Interministerial 127/2008, caso contrário o Convênio sequer viria a existir.

4.11. Afirma que a arbitragem de ganhos internos no relacionamento entre empresários e artistas não é função do TCU, e aponta o Acórdão 1435/2017-TCU-Plenário nesse sentido.

4.12. Com relação à conformidade dos preços com os de mercado, aponta os pareceres emitidos pela área técnica e jurídica do Ministério do Turismo, conforme informações prestadas no processo nº 0804059-03.2018.4.05.8500.

4.13. Afirma que o Ministério possui banco de dados com notas fiscais e orçamentos com todos os prestadores de serviço e atrações artísticas de todo o território nacional, e aponta diligências do órgão governamental que utilizam como base legal acórdãos proferidos pelo TCU. Transcreve ainda trechos de diligências promovidas pelo MTur na análise dos planos de trabalho dos festejos objeto deste Convênio.

4.14. Assere que nas diligências do órgão concedente eram detalhadas as formas de apresentação das cartas de exclusividade da apresentação artística para o evento em questão, e afirma que o fornecedor do serviço era o único detentor da carta de exclusividade do artista consagrado pela crítica.

4.15. Com relação às exigências de recibos emitidos pelos artistas, afirma que inexistia cláusula no convênio que exija essa apresentação, e que a obrigação era de apresentação de nota fiscal idônea e da transferência para a conta exclusiva do prestador contratado, conforme cláusula

3ª, item II, “pp”, do Convênio, não havendo que se falar em perda de nexos, superfaturamento ou ausência de recibo do artista.

4.16. Menciona processo judicial na 2ª Vara da Justiça Federal da 5ª Região, que as irregularidades da espécie são de natureza formal, que a Lei 8.666/1993 não se aplica ao convênio e que o ora justificante cumpriu de forma integral o repasse ao fornecedor do serviço.

4.17. Afirma ainda que nenhum artista que se apresentou no evento questionou os pagamentos efetuados para as empresas ou representantes apontados nas cartas de exclusividade, bem como aponta atendimento ao princípio da economicidade com base em Parecer emitido pela Consultoria Jurídica da União do Ministério do Turismo, com respaldo no Acórdão 1852/2006-TCU-2ª Câmara.

4.18. Reafirma que todo o procedimento de aprovação do plano de trabalho foi avalizado pelo MTur, inclusive no que se refere à cotação prévia e sua dispensa por carta de exclusividade, com a devida análise de custos, motivo pelo qual a arbitragem de custos entre empresas e artistas ou de empresas entre si não seria da competência do TCU. Afirma que na justificativa de inexigibilidade consta o nome da empresa contratada, valor do cachê artístico, data e local da apresentação e outros dados, de conformidade com a Portaria Interministerial 127/2008.

Análise

4.19. Quanto à alegação da ASBT de que o plano de trabalho e o projeto foram aprovados pelo MTur, destaca-se que em nenhum momento a proposta e o respectivo plano de trabalho fazem referência a qualquer empresa intermediária para pagamento dos shows – Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. (peça 1, p. 7-19).

4.20. Também o instrumento de convênio (peça 1, p. 43-61), firmado entre o MTur e a ASBT, não contempla terceiros intervenientes, estabelecendo como objeto a implementação do projeto “Festa do Vaqueiro”, **conforme o plano de trabalho aprovado**. Dentre as obrigações da conveniente, constam da Cláusula Terceira, II, “oo”, apresentar o contrato de exclusividade dos eventuais representantes dos artistas, registrados em cartório, e na alínea “pp”, o envio ao concedente de documento comprobatório do efetivo recebimento dos cachês por parte dos artistas, emitido pelo contratante dos mesmos.

4.21. Com efeito, a nota fiscalº 188, datada de 29/6/2010, traz o valor integral de contratação das bandas e não individual, (peça 1, p. 139 e 189), o que evidencia o pagamento à empresa intermediária contratada – Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. -, mas não o valor efetivamente recebido por cada banda. Coube à Controladoria-Geral da União fazer a constatação, em Relatório de Demandas Externas, de que o valor efetivamente recebido pelas bandas divergiu consideravelmente do valor declarado pela Sergipe Show (peça 1, p. 113), bem como informações de processos judiciais colhidos pela Secex-SE, que identificou essas divergências (peça 11, p. 46, 48, 52, 58 e 61).

4.22. Avulta no presente caso o percentual de diferença do valor informado dos cachês supostamente pagos pela ABST e pela Sergipe Show e os valores informados pelas bandas abaixo referidas, de **45,21%**, absolutamente injustificado:

BANDAS	VALOR INFORMADO DO CACHÊ (R\$)		DIFERENÇA DE CACHÊ (R\$)	DIFERENÇA PERCENTUAL
	PELA ASBT	PELO REPRESENTANTE DA BANDA		
Sérgio Reis (1)	80.000,00	33.500,00	46,500,00	58,13%

Max Bal e Carlinhos (2)	9.000,00	3.000,00	6.000,00	66,67%
Danielzinho e Forrozão Quarto de Milhas (3)	20.000,00	17.000,00	3.000,00	15,00%
Fogo na Saia (4)	20.000,00	16.000,00	4.000,00	20,00%
Cavaleiros do Forró (5)	80.000,00	45.000,00	35.000,00	43,75%
TOTAL (GERAL)	209.000,00	114.500,00	94.500,00	45,21%

(1) A despeito do contrato apresentado pela Sergipe Show informar o valor de R\$ 40.000,00, o representante do artista informou que o valor efetivamente recebido pelo mesmo foi de R\$ 33.500,00, conforme documento obtido junto à CGU (peça 11, p. 58).

(2) A Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. não apresentou os recibos emitidos pelo representante desta banda. Mas consta do Processo Judicial 2009.85.00.006311-0 (Ação Popular) que tramita na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe resposta do representante legal da banda informando o cachê de R\$ 3.000,00, conforme documento obtido junto à CGU (peça 11, p. 52).

(3) consta recibo da banda à peça 11, p. 48, documentação obtida junto à CGU.

(4) consta recibo da banda à peça 11, p. 46, documentação obtida junto à CGU

(5) A despeito do contrato apresentado pela Sergipe Show informar o valor de R\$ 60.000,00, o representante da banda informou que o valor efetivamente recebido pela mesma foi de R\$ 45.000,00, conforme documento obtido junto à CGU (peça 11, p. 61).

4.23. Existem elementos nos autos que indicam que os shows foram realizados, ou seja, o objeto do convênio foi cumprido, entretanto não houve justificativa para a existência de custos de intermediação e de que esses eram realmente necessários à realização dos shows.

4.24. A partir da prolação do Acórdão 1.435/2017-TCU-Plenário, os relatores de processos da espécie, em especial o Gabinete do Min. Weder de Oliveira, passaram a determinar a realização de diligências ao órgão repassador (MTur), a fim de averiguar se havia ou não custos de intermediação envolvidos, conforme reiterado no voto à peça 56, p. 8, itens 17 e 50 do TC 033.508/2015-1, que cuidou de processo análogo envolvendo a ASBT. As respostas recebidas dão conta de que não havia análises e documentos prévios que suportassem a afirmação de que existe qualquer análise real de custos, desfazendo a presunção de que os preços constantes do plano de trabalho correspondem aos de mercado ou que havia análise de custos relativos à intermediação.

4.25. No caso concreto, não há qualquer indicação de exame prévio de compatibilidade de preços pelo Mtur, sendo que as diligências realizadas pelo Ministério do Turismo, e mencionadas pelo responsável (peça 60, p. 10-13), não se referem ao Convênio 142/2010.

4.26. Houve a constatação de que as bandas receberam valor inferior ao percebido pela empresa constituída como sua representante (Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda.), com a indicação, portanto, da ocorrência de **superfaturamento**.

4.27. Neste momento processual, em sede de contrarrazões, a responsável não trouxe elementos de justificativa para a diferença de valores pagos às bandas contratadas, seja pela demonstração de adequação dos preços de mercado, seja pela existência de custos incorridos pela empresa que justificassem a divergência. Nesse particular, observa-se uma aparente **divergência jurisprudencial** da Corte de Contas em relação à diferença entre os valores repassados à empresa intermediária e os transferidos à banda executora dos shows:

i) Pela não caracterização de débito por divergência entre os valores pagos aos empresários e os recebidos pelas respectivas bandas:

Não cabe ao TCU avaliar ganhos internos no relacionamento de empresários entre si (exclusivos e ad hoc) ou entre esses e os artistas e bandas por eles representados. Em convênios que envolvam a participação desses atores, compete ao órgão concedente demonstrar que os pagamentos ocorrem dentro dos preços de mercado ou são compatíveis

com valores já recebidos anteriormente pelos artistas e bandas em eventos equivalentes. Não havendo nos autos manifestação nesse sentido, não é possível a caracterização de débito por divergência entre os valores pagos aos empresários e os efetivamente recebidos pelas respectivas bandas e artistas, a título de cachê. (Acórdãos 12.508-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Augusto Nardes e 9.313/2017-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Weder de Oliveira)

ii) Pela caracterização de débito por divergência entre os valores pagos aos empresários e os recebidos pelas respectivas bandas, caso não haja justificativa de custos:

Nos convênios para a realização de eventos, configura débito a diferença entre o valor pago à empresa intermediadora do show a título de cachê e o valor efetivamente repassado ao artista ou a seu representante exclusivo, salvo se demonstrados outros custos incorridos pela empresa que justifiquem a divergência (Acórdãos 2.026/2019-TCU-Plenário, rel. Min. Vital do Rêgo e 4.791/2019-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues)

4.28. No entanto, este último e outros julgados desta Corte permitem realizar um adequado “*distinguishing*” em relação aos fatos aqui narrados. No Acórdão 2.821/2016-TCU-1ª Câmara, por exemplo, o Tribunal se deparou com situação na qual o MTur **havia reconhecido o “preço justo” ou de mercado**, situação não identificada nestes autos, para afastar o débito relativo à diferença de pagamentos:

“Desse modo, equivalendo o valor federal repassado ao ‘preço justo’ ou de mercado (conforme concluiu o MTur), percebo que a questão em tela – a saber, a repartição do preço do espetáculo entre as bandas e sua produtora – não tangencia o patrimônio público, circunscrevendo-se à relação comercial entre particulares”. (Acórdão 2.821/2016-TCU-1ª Câmara, relator Min. Weder de Oliveira)

4.29. Em outra assentada, esta Corte condenou em débito as entidades promotoras justamente em razão das diferenças a menor entre os cachês entregues às bandas e os valores previstos nos planos de aplicação e repassados às empresas contratantes:

170. As alegações de defesa do Sr. Diógenes Teixeira Peixoto, presidente do Centro de Profissionais e Geração de Emprego (Ceproge), para as ocorrências dos subitens 9.2.1. e 9.2.2 do Acórdão 2367/2012-TCU-2ª Câmara, e das empresas NS Produções e Eventos Ltda., na pessoa de seu representante legal, para a ocorrência do subitem 9.2.1. do Acórdão 2367/2012-TCU-2ª Câmara, e Neto e Mendonça Eventos Ltda. - Público Eventos, na pessoa de seu representante legal, para a ocorrência do subitem 9.2.2. do Acórdão 2367/2012-TCU-2ª Câmara, não elidem as irregularidades objeto das citações, consistentes na ausência de apresentação da documentação comprobatória do efetivo recebimento do cachê pelas bandas contratadas para a execução dos convênios inquinados e na realização de pagamentos de cachês em valores inferiores aos constantes dos planos de aplicação e das prestações de contas dos convênios, conforme detalhado nos quadros 1, 2 e 3 do anexo ao relatório de auditoria, permanecendo caracterizada a infração ao art. 17, § 2º, da Portaria 153/2009, do Ministério do Turismo e às cláusulas terceira e décima terceira dos termos de convênio firmados;

(...)

13. Por não considerar válidos esses recibos, os auditores do TCU promoveram diligências junto aos representantes das bandas, solicitando, dentre outras coisas, comprovantes de recebimento dos cachês. Muitas bandas responderam os questionamentos e encaminharam recibos das apresentações. Neles, foi possível verificar que os valores recebidos pelos músicos eram sensivelmente menores que os repassados ao conveniente e às empresas intermediárias.

14. A banda Zé Bob, por exemplo, recebeu R\$ 360,00 por apresentação nos municípios de Jaqueira/PE e Aliança/PE. Os valores declarados pelo Ceproge e pela empresa contratada foram R\$ 30.000,00 e R\$ 25.000,00, respectivamente. O grupo Gina e Banda afirma que recebeu R\$ 3.500,00, sendo que a conveniente afirma ter gasto R\$ 35.000,00. O débito, nesses

casos, reside na diferença dos valores. (Acórdão 1.848/2015-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

4.30. Ainda que se adotasse a vertente que entende não sindicável a diferença de valores entre o que foi pago às bandas e às entidades promotoras, mesmo nessa posição o Tribunal tem exigido ao menos a **justificativa de custos incorridos, o que também não ocorreu nos autos.**

4.31. Nessa ordem de ideias e fatos, quanto ao argumento relativo aos custos de intermediação incorridos pela empresa intermediária, referidos no Acórdão da 8ª Vara Federal do Estado de Sergipe (peça 60, p. 14-20), tais como tributos, custos de deslocamento, hospedagem, camarins, percentual da própria intermediação, os recorrentes não trouxeram aos autos, tampouco em sede recursal, quaisquer documentos comprovando esses custos de intermediação ligados às apresentações em apreço.

4.32. Não há nos autos as cartas de exclusividade apresentadas pelas bandas que indiquem os direitos e obrigações inerentes à intermediadora, bem como os valores a serem incursos com as despesas de intermediação. Ressalte-se que o que está sendo questionado pelo MPTCU neste processo (peça 36) mais do que as cartas de exclusividade em si, é a total **ausência de justificativa para os custos de intermediação**, e com a subtração de valores, sem justificativa, que deveriam ter sido pagos às bandas.

4.33. Nesse sentido, reproduz-se excerto de voto condutor proferido nos autos do Acórdão 1.435/2017-TCU-Plenário:

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

4.34. É importante salientar que os responsáveis **não foram citados em razão da não prestação de contas de eventual venda de ingressos para os shows**, argumento deduzido no recurso de reconsideração do *Parquet* (peça 36), visto que os ofícios de citação às peças 19-20 não levantaram a irregularidade concernente a eventuais outras fontes de financiamento, motivo pelo qual a consideração desse fato em eventual condenação dos responsáveis configuraria *reformatio in pejus* e violação do princípio da ampla defesa, vedados pelo ordenamento constitucional.

4.35. Portanto, o limite proposto para acolhimento do recurso ministerial, circunscreve-se à diferença de valores pagos à empresa Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. e aquele recebido pelos artistas contratados, no montante de **R\$ 94.500,00**, sendo esse o montante que ora se reconhece como débito de responsabilidade da Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e seu presidente, Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto.

4.36. Não tendo os responsáveis trazido outros elementos documentais ou factuais que infirmem as alegações do MPTCU e as conclusões da presente análise, impõe-se o parcial provimento do recurso interposto pelo *Parquet*, para reconhecer o débito solidário no valor de R\$ 94.500,00 a ser imputado à ASBT e ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto.

5. Do fornecedor do serviço ser detentor da carta de exclusividade dos artistas (peças 36, p. 7-8 e 60, p. 25-27)

5.1. O MPTCU afirma que a contratação de artistas por inexigibilidade deveria ter sido realizada diretamente com o artista ou por intermédio de seu empresário exclusivo, com contrato devidamente registrado em cartório, conforme preleciona a Lei de Licitações e o Acórdão nº 96/2008-TCU-Plenário, além das exigências do termo de Convênio, em sua cláusula 3ª, II, “oo”.

5.2. Afastou a tese de que a repartição do preço do espetáculo entre as bandas e sua produtora circunscreve-se à relação comercial entre particulares, quando essa relação não está demonstrada por documentos hábeis de que os recursos foram aplicados no objeto pactuado.

5.3. Assenta que a jurisprudência do Tribunal é uníssona em exigir a apresentação do contrato de exclusividade firmado entre os artistas e seu empresário para caracterizar a hipótese de inexigibilidade de licitação, de modo que a simples autorização ou carta de exclusividade temporária não se mostram suficientes a comprovar a inviabilidade de competição, conforme Acórdãos 96/2008-TCU-Plenário, 8.731/2017-TCU-2ª Câmara, 4.178/2017-TCU-2ª Câmara e 1.435/2017-TCU-2ª Câmara.

5.4. Desse modo, conclui haverem fortes indícios de que a estruturação do convênio como foi feita permitiu a apropriação, pelos particulares e no mínimo R\$ 94.500,00.

5.5. Já a ASBT, em suas **contrarrrazões** (peça 60, p. 25-27), informa que o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco é no sentido de que a contratação por inexigibilidade de artistas não depende necessariamente de contrato de exclusividade entre a produtora e os artistas, bastando documento hábil a comprovação da inviabilidade de competição, como ocorreu na hipótese em questão.

5.6. Tal entendimento foi secundado pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual afastou a caracterização de improbidade, reconhecendo a possibilidade de demonstração de exclusividade por outros meios que não necessariamente o contrato de exclusividade, bastante a apresentação de documentação que evidencie tal situação.

Análise

5.7. Com efeito, o termo de Convênio firmado com a ASBT previa expressamente em sua Cláusula Terceira, II, “oo”, a apresentação do contrato de exclusividade registrado em cartório, que difere da autorização de exclusividade apenas para os dias correspondentes às apresentações (peça 1, p. 48):

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 intermediário á 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 n 2 96/2008 - Plenário do TCU.

5.8. Diante dessa exigência, a conveniente deveria ter se cercado dos devidos cuidados, exigindo da empresa intermediária o registro da exclusividade, ou contratado diretamente as bandas, sendo que eventuais custos de intermediação necessitariam ser justificados, conforme analisado no item anterior.

5.9. No mesmo Acórdão 1.435/2017-TCU-Plenário citado pelo *Parquet*, no qual o Tribunal respondeu a consulta feita pelo Ministério do Turismo, restou assentado que as situações de ausência ou falha nos contratos de exclusividade ou nas cartas de exclusividade, não podem ensejar, por si sós, o julgamento pela irregularidade das contas ou a condenação em débito de responsável:

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.

5.10. Nestes autos, entretanto, além da irregularidade relativa à inexistência de exclusividade, identificou-se a existência de pagamentos a maior realizados pela ASBT, sem a correspondente justificativa. Se é certo que as entidades privadas receptoras de recursos públicos não estão obrigadas a seguir a Lei 8.666/1993 ou os acórdãos deste Tribunal que não foram a elas direcionados isso não as exime de cumprir as disposições convenientes e as regras do jogo estabelecidas pelo MTur.

5.11. A própria análise financeira realizada pelo Ministério, com base nas constatações da Controladoria-Geral da União, consignou que (peça 1, p. 138):

No caso em questão, em que pese o conveniente não ser órgão da Administração Pública e não estar obrigado a realizar o procedimento licitatório, este deveria justificar os preços e a escolha do fornecedor, pois deve demonstrar que seguiu as princípios da legalidade, economicidade e moralidade, essenciais ao gerir recursos públicos provenientes de transferência voluntária realizada pela União. **O conveniente deixou de encaminhar os contratos de exclusividade registrados em cartório, a justificativa da escolha do fornecedor e pesquisa de preços realizados no mercado, contrariando comandos legais e infralegais, não restando outra opção senão a de REPROVAÇÃO desse item.** (Grifos no original)

5.12. A existência de entendimento diverso por parte do Poder Judiciário não interfere nas regras legais e na jurisprudência desta Corte de Contas, em virtude do princípio da independência das instâncias, não havendo similaridade entre a ação civil pública de improbidade administrativa e o processo de contas corrente no TCU, regulado pela Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) e não pela Lei 8.492/1992.

5.13. Referida Lei Orgânica preleciona que o julgamento pela irregularidade das contas poderá se dar, dentre outros, no caso de prática de ato de gestão ilegal, bem como de ocorrência de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico (art. 16, inciso III, alíneas "b" e "c", da Lei 8.443/1992), conduta esta demonstrada nos autos pela não comprovação da destinação de parte dos recursos oriundos do convênio. Vê-se que o dispositivo legal não requer, portanto, vinculação necessária entre as irregularidades que maculam as contas do gestor com supostos atos de improbidade administrativa por ele praticados. Nesse sentido, os Acórdãos

1881/2014-TCU-2ª Câmara, Min. José Jorge, 10.853/2018-TCU-1ª Câmara, Min. Bruno Dantas e 344/2015-TCU-Plenário, Min. Walton Alencar Rodrigues).

5.14. Conforme assinalado anteriormente, o Plano de Trabalho informa apenas sobre o pagamento dos cachês, omitindo a contratação de empresa intermediária, o pagamento de comissão a essa empresa com a omissão de custos tributários ou operacionais e a inexistência de contrato de exclusividade com os artistas, o que obrigaria que a contratação fosse precedida, ao menos, por uma cotação de preços com outros prestadores, que também não ocorreu.

5.15. Perfila-se, desse modo, o entendimento do *Parquet*, no sentido de que na elaboração do plano de trabalho, em especial com relação ao valor dos cachês, não há qualquer informação de como esses valores foram obtidos, o que indica um prévio acerto entre a conveniente e a empresa contratada. Ainda segundo o MPTCU, tanto a Sergipe Show como outras empresas apresentam cartas de exclusividade com os mesmos artistas para outros eventos, demonstrando ser essa uma *práxis* no uso de recursos públicos federais (peça 36, p. 4-5), os quais não podem se sujeitar a apropriação privada injustificada, em detrimento do erário e dos próprios artistas.

5.16. Desse modo, acolhem-se as razões recursais do MPTCU nesse particular.

CONCLUSÃO

6.1. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) não se observou a prescrição da pretensão punitiva e de ressarcimento ao erário do Tribunal em relação à Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, seja pela ótica da prescrição decenal do Código Civil, seja pela prescrição quinquenal da Lei 9.873/1999;

b) não houve justificativa adequada para o superfaturamento denotado pela diferença entre o valor repassado às bandas e o valor da nota fiscal emitida pela empresa representante, no montante de R\$ 94.500,00.

c) não houve justificativa adequada para a não apresentação do contrato de exclusividade exigido pela legislação e pelo Termo de Convênio.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

6.1. Ante o exposto, submetem-se estes autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992:

a) conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Ministério Público junto ao TCU e, no mérito, dar-lhe **provimento parcial** para condenar em débito solidário no valor de R\$ 94.500,00 a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, com a correspondente aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992;

b) dar ciência da deliberação que vier a ser prolatada aos responsáveis e interessados e à Procuradoria da República no Estado de Sergipe.

TCU/Secretaria de Recursos/4ª Diretoria, em 11/8/2020.

Jean Claude O'Donnell Braz Pereira

Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 8183-3