

TC 026.001/2015-2

Tipo: Tomada de Contas Especial

Unidade jurisdicionada: Município de Sousa/PB

Responsável: Fábio Tyrone Braga de Oliveira (CPF 840.833.284-87), ex-Prefeito Municipal

Procurador/Advogado: Johnson Gonçalves de Abrantes (OAB/PB 1.663) e Romero Sá Sarmiento Dantas de Abrantes (OAB/PB 21.289) – mandato à peça 25.

Interessado em sustentação oral: não há

Proposta: mérito

INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurado pelo Ministério do Turismo em desfavor do Fábio Tyrone Braga de Oliveira (CPF 840.833.284-87), ex-Prefeito Municipal de Sousa/PB, em decorrência de impugnação total das despesas custeadas pelos recursos repassados àquela entidade por intermédio do Convênio 1045/2010 – Siconv 740402/2010 (peça 2, p. 42-60), o qual tinha como objeto o incentivo ao evento denominado “Festas Juninas”, realizado naquela localidade, entre 23 e 29/6/2010.

HISTÓRICO

2. O convênio foi celebrado em 23/6/2010 (peça 2, p. 42-60), data coincidente com o início do evento, no valor total de R\$ 326.090,00, dos quais R\$ 300.000,00 à conta do concedente e R\$ 26.090,00 a título de contrapartida. Os pareceres técnicos 1439/2010 (peça 2, p. 27-31) e jurídico 1288/2010 (peça 2, p. 32-41) datam, respectivamente, à véspera da assinatura da avença e a essa própria. O valor de responsabilidade da União, R\$ 300.000,00, foi transferido integralmente pela OB800405, em 12/7/2010, portanto bem após a realização do evento (peça 2, p. 84).

3. O plano de trabalho proposto e aprovado (peça 2, p. 12-23) previa despesas com atrações artísticas (Flor da Pele, Gilson e Mania, Mulher Chorona, Zazueta, Os Três do Nordeste, Collo de Menina, Ribuliço, Forró de Aço, Forró Moral, Forró Pegado, Bota pra Moer e João Bandeira Jr.) e itens de infraestrutura (seguranças, iluminação, banheiros químicos, gerador de energia, palco, sonorização, tendas).

4. A realização do evento foi acompanhada *in loco* pelo concedente, a teor do relatório de supervisão 240/2010 (peça 2, p. 63-71). A prestação de contas foi apresentada, a partir de alimentação de campo específico no Siconv, conforme se depreende da correspondência enviada pela Prefeitura Municipal (peça 2, p. 88), mas seu conteúdo não foi reproduzido no processo.

5. Segundo supervisão *in loco* supracitado, a organização do evento foi bastante satisfatória e houve grande afluxo turístico, de origem local e regional, na cidade durante os festejos. Quanto ao plano de trabalho ressaltou a inexecução do serviço previsto de locação de gerador de energia. Relativamente às demais obrigações firmadas pelo convenente, assinalou que, pelo fato de não haver divulgação do evento, restou prejudicada a verificação da aplicação da logomarca do Ministério do Turismo nesse material, ponderando, entretanto, que a logomarca fora afixada em placas, conforme documentado em material fotográfico, consoante asseverado em item específico na Nota Técnica de Análise 929/2012 (peça 2, p. 90).

6. No pertinente à prestação de contas disponibilizada no Siconv, a nota técnica de análise 929, de 27/9/2012 (peça 2, p. 89-95) considerou insuficiente os elementos ali presentes para atestar de maneira satisfatória a aplicação dos recursos, pois havia pendências parciais relativas à apresentação de alguns relatórios ou demonstrativos específicos (cumprimento do objeto e execução físico-financeira), a precitada ausência do gerador de energia, a inexistência de identificação dos seguros contratados e comprovação de apresentação de alguns artistas, pois o material fotográfico não seria idôneo para evidenciar essas presenças, associando-as inequivocamente ao evento. Ressalva semelhante foi feita em relação às tendas.
7. A municipalidade foi diligenciada para apresentar documentação suplementar ou esclarecer essas inconformidades (peça 2, p. 96) em 26/10/2012, mas a gestão do responsável, encerrada em 31/12/2012, não atendeu a comunicação, o que ocasionou o registro de inadimplência do município no Siafi. Conforme informação consignada nos autos posteriormente pelo Secretário de Turismo do município (peça 2, p. 104), não houve como complementar a prestação de contas originalmente apresentada, pois a documentação pertinente não se encontrava na Prefeitura (peça 2, p. 107-108), tendo-se interposto de ação civil pública por improbidade administrativa contra o então prefeito para reestabelecer a adimplência junto à União (peça 2, p. 111-114).
8. Por seu turno, a Nota Técnica de Análise Financeira 083/2013 (peça 2, p. 123-127), fundamentando seu posicionamento na rejeição da prestação de contas pela área técnica do Ministério, absteve-se de pronunciamento quanto à execução financeira dos recursos repassados à municipalidade, reprovando *in totum* a sua aplicação e pugnando pela sua devolução integral.
9. O responsável acorreu aos autos em 15/5/2013, para defender sua gestão dos recursos descentralizados, aduzindo argumentos e apresentando documentação suplementar (peça 2, p. 130-135), basicamente os relatórios de cumprimento do objeto e execução físico-financeira (não constam dos autos), links de internet que comprovariam a questionada apresentação das bandas.
10. O material foi objeto de exame por meio da Nota Técnica de Reanálise 1264/2013 (peça 2, p. 136-140). Ao cabo desse exame, remanesceram ainda, no entendimento do órgão repassador, sem comprovação hábil, a apresentação de algumas das bandas contratadas, da locação de tendas e informações sobre o montante arrecadado por patrocinadores e sua aplicação.
11. Buscando suplantar tais pendências, o Ministério do Turismo diligenciou a Prefeitura, e não o responsável (peça 2, p. 141). Como resposta, apenas obteve informações sobre processos de tomada de contas especiais movidos contra o ex-Prefeito (peça 2, p. 143-151).
12. Em nova reanálise (Nota Técnica 1386/2013 – peça 2, p. 152-156), o órgão conveniente reiterou seu posicionamento anterior, consignando, porém, a glosa de R\$ 138.495,00. A reanálise financeira posterior (Nota Técnica 427/2014 – peça 2, p. 162-168), entretanto, insistiu na glosa total sob o argumento de que, pela documentação agregada pela Prefeitura (peça 2, p. 143-151), haveria sido apurado que a contratação das bandas não fora firmada com empresário exclusivo, embora fundamentada em inexigibilidade de licitação, o que afrontaria o Acórdão 96/2008 – Plenário.
13. Esgotadas as medidas administrativas e não havendo o ressarcimento dos valores repassados, foi autuado, em 02/10/2014, o processo de Tomada de Contas Especial (peça 2, p. 5-6).
14. O Relatório do Tomador de Contas (peça 2, p. 183-188), diante das irregularidades apontadas na execução do convênio, concluiu pela existência de dano causado ao Erário no valor total do repasse, R\$ 300.000,00, cuja responsabilidade foi atribuída ao Sr. Fábio Tyrone Braga de Oliveira, ex-Prefeito Municipal de Souza/PB, tendo em vista que o responsável geriu os recursos convencionais e realizou as despesas com os recursos federais.
15. O Relatório de Auditoria da CGU (peça 2, p. 210-212) concluiu de igual forma, pela irregularidade das contas. O Dirigente da Secretaria Federal de Controle Interno da Controladoria-

Geral da União da Presidência da República (Ciset/CGU/PR) expediu parecer consonante com o certificado de auditoria emitido pelo Controle Interno (peça 2, p. 214-215).

16. A autoridade ministerial atestou haver tomado conhecimento das conclusões registradas no Relatório e no Certificado de Auditoria, bem como no Parecer da Ciset/CGU/PR (peça 2, p. 222).

17. Já no âmbito deste Tribunal, a manifestação inicial (peças 3-5), diante da precariedade dos elementos presentes nos autos para aferir eventual débito e distribuir as devidas responsabilidades, pugnou pela complementação das informações por meio de diligência junto ao MTur, efetivada nos seguintes termos (peça 6), em essência:

(...) encaminhe, no prazo de 15 dias, preferencialmente em formato eletrônico, **toda a documentação:**

(...) apresentada a título de prestação de contas no convênio 1045/2010 – Siconv 740402/2010, o qual tinha como objeto a realização do evento “Festas Juninas”, celebrado entre aquele órgão e a Prefeitura Municipal de Sousa (PB); e

(...) que subsidiou a celebração e que antecedeu a fase de prestação de contas do Convênio 827/2009 – Siconv 704409/2009, acaso não tenham sido agregadas ao processo de tomada de contas especial instaurado.

18. Atendida a diligência (peças 8-11), houve manifestação por parte da unidade instrutiva (peças 12-14) pelo arquivamento da TCE, ante a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, fundamentando sua proposição a par do seguinte excerto:

6. O juízo meritório que ora se persegue emergirá do exame dos seguintes pontos controvertidos, de extração a partir da derradeira nota técnica, de número 427/2014 (peça 2, p. 162-168) e da anterior (1264/2013 - peça 2, p. 136-140): a existência ou não de patrocinadores no evento e suas possíveis implicações, a falta de comprovação de apresentação de alguns artistas (nos dias em que não houve supervisão *in loco* do evento) e da instalação das tendas, além da questão da exigência de contratação de artistas por meio de empresário exclusivo para dispensa de licitação por inexigibilidade. Para essa tarefa, foi profícua a diligência na medida em que agregou a documentação apresentada pelo responsável a título de prestação de contas (peça 9, p. 100-112; peça 10; peça 11, p. 1), cujo confronto com o referido pronunciamento técnico do repassador é a essência do procedimento analítico que se segue. Adicionalmente, entendendo sem impacto direto do mérito perseguido, serão tecidas considerações a respeito da assinatura do termo do convênio às vésperas do evento.

Ausência de comprovação da apresentação de artistas

7. O órgão repassador, nas notas técnicas 1264/2013 (peça 11, p. 3-9) e 1386/2013 (peça 11, p. 19-23), indicou os óbices para acolher o adimplemento da municipalidade no tocante a essa obrigação:

7.1 As fotografias encaminhadas não permitiriam asseverar a identificação das bandas ali retratadas e a data de suas apresentações, impossibilitando a comprovação da execução física do objeto;

7.2 Não houve encaminhamento de material jornalístico posterior ao evento;

7.3 O material impresso, recolhido da Internet, não mais podia ser acessado a partir dos *links* indicados.

8. O desate da questão situa-se exatamente na delimitação do inequívoco ônus probatório que a legislação aplicável acomete ao tomador dos recursos. A rigor, “*quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes*” (art. 93 do Decreto-lei 200/1967). Da mesma forma, em princípio cristalizado na Antiguidade, a ninguém se escusa o conhecimento

da lei (art. 3º do Decreto-lei 4.567/1942), preceito cuja extensão à categoria infralegal é, por sinal, largamente controvertido.

9. Transpondo à dinâmica convenial certas disposições próprias da regência dos contratos em geral, notadamente a necessidade de probidade e boa-fé na sua execução (art. 422 do Código Civil) e a necessidade de interpretação mais favorável ao aderente (no caso, o responsável) no caso de cláusulas ambíguas, na forma do art. 423 da mesma codificação, é imperioso concluir que os especiais meios de prova requeridos pelo concedente na prestação de contas deveriam estar consignados no próprio instrumento da avença, para que fossem legitimamente opostos ao conveniente.

10. A esse respeito, no que tange à questão controvertida, dispunha a Cláusula Décima-Segunda do convênio, em seu parágrafo primeiro, que a prestação de contas deveria ser elaborada com rigorosa observância da Portaria Interministerial 127/2008 e, em seu parágrafo segundo, item “f” (peça 8, p. 60-61), deveria ser inserida no Siconv, dentre diversos outros elementos, “*comprovação, por meio de fotografia, jornal, vídeo, cd's, dvd's, entre outros, de cada meta/etapa especificada no Plano de Trabalho aprovado*”.

11. Ora, são abundantes os registros fotográficos das – supostas – apresentações que consistiram no objeto principal do convênio (peça 10, p. 8-38). E são tachadas de supostas porque, de fato, se realmente correspondem a esse evento em particular e não a quaisquer outras apresentações de grupos de forró em quaisquer outras cidades do país, é assertiva que dificilmente uma fotografia, isoladamente considerada, poderia comprovar, mesmo em plano aberto, como se exigiu. Sequer se preocupou o órgão repassador, na persecução da verdade material, em consultar o servidor encarregado da supervisão *in loco* se o ambiente representado nas imagens coincidia com aquele que presenciara, nos dois dias em que testemunhou, sem qualquer ressalva relevante, as apresentações das atrações musicais.

12. Extravagante se mostra, outrossim, esperar que ressumam da mídia jornalística reportagens posteriores à realização do evento. Não apenas pela modéstia da cidade que o promoveu, encravada no semiárido nordestino e distante 444 km da capital do estado, mas pela própria falta de importância da notícia, eis que nenhum acontecimento inesperado haveria sido registrado que desbordasse das expectativas do folguedo e de sua finalidade. Tampouco seria de se esperar que, três ou quatro anos após um modesto evento festivo (o qual, inclusive, guarda rigorosa sazonalidade, de periodicidade anual, não representando qualquer novidade no calendário cultural regional e estadual) em uma pequena cidade interiorana, ainda remanesçam na rede mundial de computadores registros testemunhais e fotográficos de sua ocorrência. Os provedores de conteúdo (especialmente modestos e possivelmente amadores *blogs* como aqueles indicados pela defesa) de Internet têm custos financeiros e talvez dificuldades operacionais com sua manutenção, a despeito da existência de serviços teoricamente gratuitos na *nuvem*.

13. Ademais, no âmbito do controle externo, que segue as disposições gerais da legislação processual civil, naquilo que não conflita com seu regramento específico ou em caráter subsidiário, vigora o princípio da livre apreciação da prova, inexistindo tarifação que vincule o intérprete. Nesse particular, deve o juiz aplicar “*as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial*” (art. 375, CPC).

14. As regras de experiência comum, ou ainda, regras ordinárias de experiência, correspondem àquilo que corriqueiramente acontece (*id quod plerumque accidit*), conduzindo o convencimento do julgador conforme os princípios práticos da vida, acessíveis no mesmo grau ao *homo medius*.

15. A vivência de controle externo, no quase cotidiano exame de prestações de contas de transferências voluntárias para pequenos municípios interioranos, permite atestar a extremada animosidade que caracteriza as lições político-partidárias dessas localidades. O caso vertente é ilustrativo dessa conjuntura, na linha da fundamentação da ação civil pública de improbidade administrativa movida pela gestão do sucessor do defendente (peça 9, p. 71-74), a qual aponta como causa de pedir a ausência de prestação de contas do convênio Siconv 740402/2010, o que, pelas evidências contidas nos autos, é falso. Na mesma linha, o inusitado “*estado de urgência*

administrativa” (peça 9, p. 89-91), objeto de decreto, fundado na alegada ausência de documentação de licitações passadas, que daria ao sucessor do responsável a legitimidade para, doravante, efetuar contratações diretas a seu bel-prazer, anulando todos os procedimentos licitatórios em curso.

16. Tal beligerância permite concluir que, caso ausente qualquer das bandas programadas para as apresentações do evento, tal fato integraria o rol das pesadas imputações que os rivais políticos do responsável lhe impuseram, sejam estas verdadeiras ou falsas.

17. Na mesma senda, arrematando, outros meios probatórios manejados pelo defendente corroboram o adimplemento satisfatório da prestação convencional, como a declaração do próprio Promotor de Justiça da comarca, o qual asseverou a realização do evento no intervalo determinado (peça 10, p. 2) e detém inquestionável credibilidade, até por se tratar de assunto de sua competência funcional.

Locação de tenda

18. Conforme as notas técnicas de reanálise 1264/2013 (peça 11, p. 3-9) e 1386/2013 (peça 11, p. 19-23), as fotografias acostadas não permitem comprovar a realização desse serviço. No relatório de supervisão *in loco*, em seu item IV (peça 2, p. 67), o servidor encarregado atestou que, nos dias de presença no evento, as quantidades pactuadas correspondiam ao levantamento efetuado. Ressalvou unicamente a ausência do gerador de energia. Destacou ainda que sua declaração era corroborada pelo material fotográfico que tratou de anexar (peça 2, p. 72-73).

19. O item referenciado era composto de apenas uma unidade, medindo 6 m x 6 m, no valor de R\$ 14.000,00. Sua conferência, portanto, não trazia maiores dificuldades ao fiscal. As fotografias, reproduzidas em preto e branco e pouco nítidas, de fato, não permitiram identificar a estrutura. É extremamente improvável que haja sido montada exatamente para iludir o fiscal, sendo desmontadas em seguida (já no último dia do evento), ou estivessem ainda em execução já no período de realização das festividades. E ainda que admitida tal possibilidade teórica, a expressão monetária da inexecução dos serviços seria pouco significativa, o que recomenda pressupor o seu correto emprego.

Exigência de contratação de artistas por meio de empresário exclusivo para dispensa de licitação por inexigibilidade

20. A licitação prévia para a contratação, no âmbito da Administração Pública, é a regra. As exceções, chamadas de contratações diretas, constituem as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade.

21. Nos casos de dispensa, a licitação é possível, mas, atendendo a critérios de racionalização, custo, conveniência, segurança, estímulo a setores estratégicos da economia, ou outros, o legislador faculta o administrador a não realizá-la. No caso da dispensa, as exceções são dispostas, *numerus clausus*, de forma unificada, nos dispositivos pertinentes do estatuto licitatório. Não há outras exceções em legislação esparsa.

22. Já o reconhecimento da inexigibilidade, para assim se caracterizar, exige a impossibilidade lógica da realização da licitação, ou seja, a sua inviabilidade, a inexistente potencial possibilidade de ser útil ao propósito do administrador, que é adquirir algum bem ou contratar algum serviço pelo preço mais módico, atendendo ao primado constitucionalmente assentado da eficiência na administração pública. Ao contrário da dispensa, é cláusula aberta, sendo o rol declinado pelo art. 25 da lei 8.666/93 meramente exemplificativo. Qualquer situação em que haja inviabilidade de competição ostenta o condão de ser albergada pela hipótese.

23. Com base no art. 25, inciso III, da lei 8.666/93, é inexigível a licitação “*para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública*”.

24. Nos termos do plano de trabalho formulado pelo proponente e posterior conveniente, aprovado pelo concedente (peça 9, p. 79-87), há indicações de cartas de exclusividade (em arquivo

eletrônico não reproduzido nos autos), as quais, contudo, não atendem aos requisitos delineados no paradigmático Acórdão 96/2008 – Plenário, uma vez que consistem em instrumentos de representação firmados pelo artistas, por meio dos quais concedem os direitos ao empresário, de forma restrita ao dia e local da apresentação e que não se prestariam a estear a contratação direta por inexigibilidade, consoante consignado na Nota Técnica de Análise Financeira 427/2014 (peça 2, p. 162-169).

25. No plano de trabalho mencionado, previa-se a contratação de 11 bandas/artistas: (Flor da Pele, Gilson e Mania, Mulher Chorona, Zazueta, Os Três do Nordeste, Collo de Menina, Ribuliço, Forró de Aço, Forró Moral, Forró Pegado, Bota pra Moer e João Bandeira Jr.). Os valores estimados para cada apresentação gravitavam entre R\$ 10.000,00 e R\$ 40.000,00, perfazendo o total de R\$ 216.490,00.

26. No extenso rol de atrações artísticas que proporcionaram o evento, nota-se que todas têm reconhecimento restrito à regionalidade. Nenhum é consagrado pela crítica especializada. Primeiro, pela falta de aderência aos ritmos tradicionais da cultura brasileira que, embora animem a sua concepção (caso do forró), atendem a uma estratégia comercial, sendo afastados para um melhor alcance de sentidos estético-musicais menos elaborados e mais disseminados, os quais constituem a grande maioria de seu público-alvo, carente de predicados intelectuais mais robustos. Segundo, pela constante predileção por letras de inspiração fescenina.

27. Igualmente, *prima facie*, não vislumbro possibilidade de admitir que os contratados desfrutem de avaliação consagrada pela opinião pública, o que, caso verdadeiro, denotaria a singularidade de seu trabalho artístico, no sentido de ser incomparável com o de outros artistas do gênero. Ao reverso, é perceptível a sua fungibilidade, pois centenas de outros artistas proporcionariam o entretenimento dos espectadores, perseguido com a contratação.

28. Duas circunstâncias limitadoras, porém, adversavam o contratante, impondo-lhe a impossibilidade de conduta diversa. A primeira é exatamente o especial período das apresentações (as festividades juninas), com duração de quatro dias a uma semana, que mobilizam (ou desmobilizam, conforme o referencial) a região nordestina e elevam exponencialmente a demanda por tais serviços (e os preços por estas apresentações). Em tais circunstâncias (conjugadas com a própria assinatura do termo do convênio às vésperas do evento, que será objeto de menção posterior), seria absolutamente inviável que o administrador licitasse tais serviços.

29. Admitida a consagração pela opinião pública, cumpre avaliar a satisfação de outro requisito para propiciar o reconhecimento de inexigibilidade de licitação na contratação de serviços artísticos, qual seja, a contratação por empresário exclusivo ou sem intermediação.

30. Ingressando na avaliação sobre a imprescindibilidade das denominadas cartas de exclusividade, como requisito objetivo para o reconhecimento da inexigibilidade de licitação, considerações adicionais se impõem, especialmente sobre a **natureza jurídica do contrato de mandato**.

31. Entre artistas, modelos, atletas de ponta, dentre outros, é comuníssimo que tratem de designar agentes encarregados de administrar suas carreiras. São prepostos, via de regra, profissionais, que ostentam, por muitas vezes, uma disponibilidade de tempo, predicados intelectuais, traquejo social e desenvoltura própria para trânsito no mundo dos negócios, de que geralmente não são detentores os representados que, destarte, podem canalizar suas energias e atenções exclusivamente para as atividades que os distinguem, capazes de lhes proporcionar reconhecimento, fama e dinheiro.

32. O poder de conceder sua própria representação é direito que lhes assiste, com estribo no princípio da autonomia da vontade, agasalhado de forma hialina pela lei, que disciplina tal liame na forma dos arts. 653 a 691 do Código Civil, os quais definem o mandato como espécie autônoma de contrato de intermediação. Será, de forma conjugada, unilateral e gratuito ou bilateral e oneroso, comutativo, consensual, não solene e, frise-se, impessoal, caso nele não se disponha o contrário, isto é, com cláusula expressa vedando o substabelecimento.

33. Na vida civil, portanto, é pequena, expressa e exaustiva a relação de atos jurídicos considerados personalíssimos, insusceptíveis de prática por meio de representação. É o caso de certos atos inerentes ao exercício do poder familiar (autorização para os filhos menores ou incapazes deixarem o território nacional, para emancipá-los, etc.), a formulação de testamento, o depoimento pessoal em juízo e, no terreno dos direitos políticos, o exercício do voto. Até mesmo para contrair casamento, negócio jurídico sabidamente de altíssimo risco, admite-se o mandato (art. 1.542 do Código Civil).

34. Substabelecido o mandato, persistem ou se aperfeiçoam, portanto, todas as obrigações que o agente constituído pelo mandatário assumir em nome do mandante, bem como as anteriores ao substabelecimento. Fácil concluir, de tal arte, que o substabelecimento é absolutamente neutro para a Administração, não interferindo na segurança jurídica que deve envolver a contratação.

35. Assim sendo, não seria lícito à Administração, **com base unicamente nesse preceito**, estabelecer exigências nesse particular, eis que ausente a vulneração do interesse público. O detentor da “carta de exclusividade” nada mais é do que um submandatário do artista. Firmar contrato com essa figura não é, sob qualquer prisma, menos seguro do que contratar com o mandatário, ou com o mandante. E assim se diz porque, na verdade, o contratado é o próprio artista mandante, consistindo o mandatário ou eventual submandatário em meros veículos de sua vontade.

36. Interpreto, portanto, que o legislador, ao condicionar a declaração de inexigibilidade à possibilidade de contratação com o próprio artista ou com seu empresário exclusivo, pretendeu obstar intermediações que afetassem o preço contratual ajustado, onerando de forma desnecessária a Administração.

37. É particularmente curioso que, em mundo integralmente interconectado em tempo real, onde compradores e vendedores de bens e serviços comunicam-se e interagem sem qualquer dificuldade e onde a informação é ubíqua, ainda prosperem os negócios de intermediação e agenciamento. Mas é um fato inarredável, por mais duvidosa que seja a agregação ao produto de valor decorrente dessas interveniências. Em alguns casos, sói ser uma estratégia negocial. Para alguns vendedores, especialmente quando a pulverização de sua clientela requer uma capilaridade e estrutura de comercialização particularmente pesadas e custosas, é vantajoso terceirizar essa rede, ofertando seus serviços no mercado exclusivamente mediante ela, ou ainda, quando assim procede diretamente, em paralelo com esses agentes, reservando para si o valor que pagaria ao intermediário a título de comissionamento, evitando concorrência desleal que inviabilize essas parcerias simbióticas. É o caso das passagens aéreas, o que conduz vários órgãos públicos brasileiros a licitar esses serviços, objetivando angariar descontos que sejam oferecidos pelos intermediários.

38. É possível que os artistas não atuem conforme essa lógica. Há de fato o risco de que, assegurada a remuneração do empresário exclusivo pelo agenciamento, seja, outrossim, embutido no preço contratado o comissionamento do detentor da “carta de exclusividade”. Tal comissionamento, se módico, seria uma retribuição sem causa, eis que a intervenção seria dispensável. Sendo significativo, seria indicativo claro de sobrepreço capaz de locupletar agentes públicos envolvidos.

39. No julgamento do TC 003.233/2007-7, em cujo âmbito prolatou-se o Acórdão 96/2008 – Plenário, essa Corte de Contas estabeleceu a presunção de que a existência de uma “carta de exclusividade” restrita ao evento comprovaria, de per si, que a apresentação do artista fora negociada com o intermediário por preço superior ao que originalmente cobraria da Administração caso entabulasse o amplexo contratual diretamente com esta. Nessa hipótese (*rectius*: presunção), seria inolvidável que a intermediação fosse onerosa para a Administração e não para o artista. Ora, é impossível asseverar com precisão ou certeza que o artista não abriria mão de parte de sua renda esperada (o cachê normalmente cobrado por uma apresentação dessa natureza) em troca de uma comodidade, ou qualquer ganho, mesmo que imaterial, que porventura lhe proporcionasse essa opção, em simetria com a prática já mencionada de companhias aéreas, hotéis, etc.

40. Essa questão seria um adminículo desprezível se, a Administração, para fins de contratação de profissionais do setor artístico, se dispusesse a definir parâmetros de mercado para se certificar de que os preços ajustados alinhem-se com tais balizas.

41. Entretanto, ao menos para os serviços singulares desses artistas, o Ministério do Turismo, a despeito de haver patrocinado centenas, quiçá milhares de contubérnios dessa natureza ao longo de anos, não se preocupou em desenvolver um banco de dados que viabilizasse essas definições. Resulta despicienda a criação de restrições as quais, afirme-se de passagem, carecem de suporte legal e que apenas escamoteiam o desaparecimento da Administração para a proteção do interesse público.

42. Importa deixar assentado, após tais comentários, que, inexistentes tais parâmetros, o superfaturamento nessas contratações independe por completo da questão de serem os pactos travados entre a Administração e o próprio artista, ou com seu empresário exclusivo, ou com um empresário qualquer com poderes restritos à comercialização do evento específico. Havendo dolo do contratado ou desprevenida a Administração, em qualquer situação, inócuo será o comando legislativo-jurisprudencial restritivo.

43. A bem da verdade, os empecilhos para o perfeito aperfeiçoamento do dever de reparar o erário em situações similares à matéria tratada, devidamente esquadrihados ao longo do articulado, nem sempre vinham sendo objeto de questionamento pelo TCU. Os processos de tomada de contas especiais originados do Ministério do Turismo, a partir desse controvertido custeio de festividades nos rincões do país afora, permissivos costumeiramente guindados ao Orçamento Geral da União por meio de emendas parlamentares, vêm se guiando pelas disposições do Acórdão 96/2008 – Plenário, no tocante aos requisitos essenciais para legitimar a contratação direta de artistas por meio de inexigibilidade.

44. Inobservados esses requisitos (basicamente a existência de contrato de exclusividade, registrado em cartório, sem possibilidade de sua substituição pela exclusividade restrita à data do evento), os colegiados, em algumas oportunidades, não tergiversaram para condenar em débito, no regime de solidariedade, os agentes públicos e os empresários intermediadores dos artistas, além de se lhes aplicar a multa do art. 57 da lei 8.443/92 (Acórdãos 5209/2015 e 4299/2014, ambos da Segunda Câmara; 3092/2015 – Primeira Câmara). Em outras assentadas, vislumbradas essas hipóteses em processos de representação, determinaram a apreciação da matéria pelos órgãos descentralizadores dos recursos, sinalizando a abertura de tomadas de contas especiais.

45. Em diversos outros precedentes, entretanto, afastaram a existência de dano e optaram apenas pela aplicação de multa, com espeque no art. 58, inciso II, da lei 8.443/92 (Acórdãos 6730/2015 e 2490/2016, ambos da Primeira Câmara), ou se inclinaram pela regularidade com ressalvas das contas (Acórdãos 7471/2015 e 2821/2016, ambos da Primeira Câmara). Como último precedente, contudo, a Primeira Câmara, ao prolatar o Acórdão 5.069/2016, acolheu o voto condutor do ilustre Ministro-Substituto Weder de Oliveira que, de forma arguta, teceu as seguintes considerações (grifos nossos), rechaçando os posicionamentos anteriormente firmados:

Pelo exame dos autos, verifica-se que o evento objeto do convênio foi realizado e que não há questionamentos a respeito da execução física do plano de trabalho ajustado.

A reprovação da prestação de contas e a instauração desta TCE tiveram como motivo ressalvas na análise financeira do MTur, relativamente à ausência de contratos firmados entre a associação e os empresários exclusivos das bandas e os recibos dos artistas, conforme excerto do relatório de auditoria 1696/2014 (peça 1, p. 283-286):

“A motivação para a instauração da presente Tomada de Contas Especial foi materializada pelo não encaminhamento da documentação exigida para a prestação de contas, conforme consignado na Nota Técnica de Reanálise Financeira nº 138/2013 (fls. 89-94) e na Nota Técnica de 2ª Reanálise Financeira nº 0271/2013 (fls. 110-115), de acordo com as quais ‘(...) não foi possível comprovar a utilização dos valores repassado por este Convênio sem desvio de finalidade’ (fl. 113), uma vez que o Conveniente deixou de encaminhar ‘cópias dos contratos de exclusividade entre as atrações musicais e seus respectivos empresários

exclusivos, devidamente registrados em cartório, cópias dos contratos de cessão de direitos autorais entre os representantes exclusivos e a empresa contratada, com reconhecimento de firma, e recibos dos artistas evidenciando o valor recebido a título de cachê, com reconhecimento de firma' (fl. 91).”

O conveniente apresentou apenas nota fiscal emitida pela empresa Toqxote Empreendimentos Artísticos Ltda. (peça 1, p. 149), além de certidão e cartas de exclusividade em nome da empresa para o dia e local do evento (peça 1, p. 153, 159, 163, 171 e 227).

No âmbito desta Corte de Contas, os responsáveis foram citados, em resumo, por haver contratado a empresa Toqxote Empreendimentos Artísticos Ltda. por inexigibilidade de licitação, e não os empresários das bandas. O não atendimento aos requisitos estabelecidos no item 9.5.1.1 do [acórdão 96/2008-TCU-Plenário](#) e na cláusula terceira, II, “oo”, do convênio, a seguir transcritos, não permitiria estabelecer nexo de causalidade entre os recursos repassados e os valores pagos às bandas contratadas:

“9.5.1.1. deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado 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;”

“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;”

Observo que as cartas e declarações de exclusividade apresentadas na prestação de contas do convênio foram emitidas pelos representantes exclusivos das bandas, em favor da empresa Toqxote Empreendimentos Artísticos Ltda. (peça 1, p. 153, 159, 163, 171 e 227), conforme exemplos abaixo reproduzidos:

“Atestamos para os fins, em especial, os constantes do inciso III do Artigo 25, da Lei Federal 8.666/1993, que a empresa TOQXOTE EMPREENDIMENTOS ARTÍSTICOS LTDA., com sede na Rodovia Pedro Almeida Valadares 21, Sítio do Anjo, Cidade Poço Verde/SE CERP 49.490-000, cnpj 07.225.901/0001-20, tendo como representante, Denislon Silva Andrade, tem exclusividade para comercializar e dar quitação no show de JEANNY FORRÓ SONHO REAL, na data de 20/6/2010 no São João de Tradição 2010 na cidade Poço Verde/SE” (peça 1, p. 163).

“Por este instrumento particular, JOSÉ ROBERTO CARVALHO JUNIOR, R.G: 885.002 SSP-SE, concede poderes à empresa TOQXOTE EMPREENDIMENTOS ARTÍSTICOS LTDA., com sede na Rodovia Pedro Almeida Valadares nº 21, Sítio do Anjo, Cidade Poço Verde/SE CEP:49.490.000, CNPJ: 07.225.90110001-20, tendo como representante, Denilson Silva Andrade, com fins específicos para acordar a contratação do show da banda ‘FORRO DOS GORDINHOS’ para fins do dia 20 de junho de 2010 no São João de Tradição 2010 em POÇO VERDE - SE, de acordo com inciso III do artigo 25, da LEI FEDERAL 8.666/93, atualizada pelas Leis 8.648/93 e 9.648/98.” (peça 1, p. 159)

A apresentação das denominadas cartas e declarações de exclusividade firmadas entre os empresários das bandas e a empresa Toqxote Empreendimentos Artísticos Ltda, e não dos contratos de exclusividade celebrados entre a prefeitura e tais empresários, **constitui impropriedade formal por descumprimento de cláusula convencional. No entanto, não há nos autos demonstração da relação entre a ausência desses contratos e a suposta ocorrência de prejuízo ao erário.**

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

Em necessário alinhamento aos pressupostos fundamentais para imputação de dano, expressamente relacionados no §1º do art. 5º da IN TCU 71/2012, há que se interpretar aquelas exigências conveniais dentro do contexto fático no qual estão inseridas. Nesse sentido, não se pode olvidar realizar questionamentos essenciais acerca do cumprimento do objeto e do nexo de causalidade no uso dos recursos aportados, bem como sobre execução do objeto a preços de mercado. A depender das respostas encontradas, o dano restará demonstrado ou, em sentido oposto, devidamente afastado.

Nessa linha, não se mostra razoável justificar a ocorrência de dano com base na previsão de glosa de valores pelo termo de convênio sem, no entanto, trazer elementos comprobatórios aptos a demonstrá-lo, ou ao menos evidenciá-lo, sob pena de enriquecimento sem causa da União, conforme o art. 5º da IN TCU 71/2012 e exige, para sua demonstração, nos termos do seu parágrafo primeiro, obrigatoriamente:

I - descrição detalhada da situação que deu origem ao dano, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à comprovação de sua ocorrência;

II - exame da suficiência e da adequação das informações, contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano;

III - evidenciação da relação entre a situação que deu origem ao dano e a conduta ilegal, ilegítima ou antieconômica da pessoa física ou jurídica a quem se imputa a obrigação de ressarcir os cofres públicos, por ter causado ou concorrido para a ocorrência de dano.”

O entendimento de que a irregularidade examinada neste processo não dá causa a prejuízo ao erário é consentânea com os acórdãos 6730/2015, 7471/2015, 671/2016, 2465/2016, 2490/2016 e 2821/2016, todos da 1ª Câmara deste Tribunal.

Quanto à falta de apresentação de documento comprobatório do efetivo recebimento do cachê por parte dos artistas e bandas, verifico que os termos do convênio, na sua cláusula terceira, inciso II, alínea ‘pp’, o exige. Considero, no entanto, que a não apresentação dos recibos caracteriza impropriedade formal de menor relevância, pelos motivos que passo a expor, e a não evidenciação de nexo entre essa impropriedade e o dano ao erário que, aliás, não restou demonstrado.

A nota fiscal 417 (peça 1, p. 149), emitida pela empresa Toqxote Empreendimentos Artísticos Ltda., registra em sua descrição “apresentação artística musical das bandas Saia Rodada, Danielzinho e Forrozão Quarto de Milha, Fogo de Saia, Asas Morenas, Casaco de Couro, Rojão Diferente, Forró Sensação, Jeanny e Banda Sonho Real, Forró dos Gordinhos e Rabelo Gonzaga para os dias 18, 19 e 20 de junho de 2010, durante a realização das festividades do São João 2010 deste município”.

Tal nota fiscal contempla cinco atrações não previstas no plano de trabalho, no caso Saia Rodada, Asas Morenas, Casaco de Couro, Rojão Diferente e (ilegível), o que, a princípio, justifica a diferença entre os valores registrados na nota (R\$ 212.400,00) e o previsto no termo de convênio (R\$ 115.00,00).

As atrações previstas no plano de trabalho, no caso, Saia Rodada, Danielzinho e Forrozão Quarto de Milha, Fogo de Saia, Forró Sensação, Jeanny e Banda Sonho Real totalizam R\$ 111.400,00. Foram restituídos pelo convenente R\$ 5.000,00 referente ao cachê da banda Jeanny e Banda Sonho Real, tendo em vista que o convenente pagou valor menor que o previsto na proposta da empresa Toqxote Empreendimentos Artísticos Ltda. (peça 1, p. 109).

A diferença entre o valor da nota corresponde às demais atrações, conforme proposta da empresa (peça 13, p. 8).

Em síntese, a documentação apresentada na prestação de contas do convênio refere-se apenas às atrações previstas no plano de trabalho e não a totalidade de atrações paga mediante a nota fiscal 417.

Adicionalmente, verifico que o atraso na liberação dos recursos por parte do MTur, além de não poder ser atribuído aos responsáveis, prejudica sobremaneira a comprovação do nex causal entre as despesas e os recursos repassados, mormente pelo fato de que a execução do objeto não pode ser adiada em virtude dos atrasos.

Apesar de ter havido inobservância de disposições do convênio, não há elementos adicionais que possam conduzir a um juízo de reprovação severa da conduta irregular, a ponto de apenar o responsável com multa.

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

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

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

Esta Corte tem sido movimentada desnecessariamente, em tomada de contas especiais, dependendo valiosíssimo tempo, para lidar com irregularidades formais de menor monta, em casos em que sequer se demonstrou ter derivado dano ao erário dessas impropriedades, enquanto, de outro lado, pelo que se denuncia nos meios de comunicação, as maiores irregularidades estão ainda por ser desveladas, apuradas e sancionadas.

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

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

Existência de possíveis patrocinadores

46. Quando se propõe a custear um evento dessa natureza, para os quais interesses particulares podem convergir, é natural que o órgão repassador se acerque sobre a possibilidade de malversações, a partir da obtenção de receitas adicionais seja pela cobrança concomitante de

ingressos, seja por patrocínios. Em tais situações, a arrecadação extraordinária deve compor a prestação de contas e ser destinada exclusivamente ao custeio do evento.

47. Declarou peremptoriamente o prefeito que não haveria patrocínios (peça 9, p. 111), conforme documento datado do dia de início do evento, não reiterando a declaração após o final das festividades, conforme registrado nas notas técnicas de reanálise 1264/2013 (peça 11, p. 3-9) e 1386/2013 (peça 11, p. 19-23). Na Nota Técnica de Análise Financeira 427/2014 (peça 2, p. 162-169), a questão foi implicitamente dada como prejudicada a partir da reprovação total das contas pela ausência de justificativa de contratação direta por inexigibilidade.

48. O item 9.5.2 do Acórdão 96/2008 – Plenário (que integra uma série de determinações ao Ministério do Turismo para incorporar em seus manuais de prestação de contas e exigir na celebração de convênios as medidas e cautelas ali especificadas), traz a seguinte redação:

9.5.2. os valores arrecadados com a cobrança de ingressos em shows e eventos ou com a venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos em função dos projetos beneficiados com recursos dos convênios devem ser revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional. Adicionalmente, referidos valores devem integrar a prestação de contas;

49. Em caráter *obiter dictum*, nota-se quão abrangente foi o comando. A rigor, sem uma ousada interpretação restritiva, não apenas nesse caso em exame, mas como em todas as centenas de outras financiados pelo Governo Federal, os valores arrecadados com a venda de alimentos e bebidas nas áreas de realização das festividades deveriam ser contabilizados e aplicados integralmente nas despesas gerais do custeio do objeto incentivado, ou ainda, recolhidos à conta do Tesouro Nacional.

50. Retornando à questão do patrocínio, cuja inexistência foi atestada no início do festival pelo responsável, o que não satisfaz ao concedente, algumas dúvidas foram lançadas a partir das fotografias (peça 8, p. 94-95) acostadas pelo servidor encarregado da supervisão in loco, efetuada no antepenúltimo e penúltimo dia do festival. Apesar da qualidade sofrível dos registros, reproduzidos em preto e branco, são perceptíveis faixas, possivelmente em barracas para comercialização de alimentos e bebidas, de uma cervejaria de marcas populares.

51. É extremamente difícil (e a rigor, pelos enunciados de lógica formal, impossível) provar uma proposição negativa. De forma indiciária, não vislumbrando exposições de marca explícitas e ubíquas na área do evento, indispensáveis para satisfazer os requisitos de divulgação exigidos pelos interesses comerciais perseguidos pelo particular. Tampouco consta no *folder* do festival (peça 10, p. 27). Tudo isso em conjunto com a declaração do responsável, é de se concluir (ou, ao menos, de se presumir) que não houve. As faixas citadas não se prestam a infirmar essa conclusão. Surreal seria impedir que o público, talvez já inebriado pelos eflúvios bacantes, não tivesse uma referência visual para orientá-lo rumo ao reabastecimento.

Assinatura de termo e repasse de recursos extemporâneos

52. Finalizando o labor analítico, cumpre comentar sobre a artificialidade dos procedimentos internos para a celebração do convênio, em especial a assinatura de seu termo (peça 2, p. 42-60) na data de abertura do evento (23/6/2010). Os pareceres técnico (número 1439/2010 - peça 2, p. 27-31), e jurídico (número 1288/2010 – peça 1, p. 32-41), estão datados, respectivamente, de 22/6/2010 e 23/6/2010. O repasse se deu após o evento, em 12/7/2010 (peça 2, p. 84).

53. A anomalia foi corriqueira no âmbito do Ministério do Turismo, e, a despeito de sua gravidade, resultaria despidendo ou, ao mínimo, pouco útil estender as análises nesse feito. Valhame da apreciação da eminente Ministra Ana Arraes, ao proferir seu voto, na qualidade de relatora do TC 037.753/2012-6, o qual embasou a prolação do Acórdão 10.447/2016 – Segunda Câmara. Naquela assentada ponteu que, a despeito do reconhecimento das irregularidades, haveria circunstâncias atenuantes hábeis para o afastamento das responsabilidades, ao menos no que tange aos repasses após a execução do objeto:

(i) a existência de obrigação financeira previamente assumida pelo MTur; (ii) a realização dos repasses dentro da vigência dos convênios; (iii) a disseminação de atrasos nos repasses no âmbito da Administração Pública, notadamente no Ministério do Turismo; (iv) a autorização normativa para prorrogação de ofício dos ajustes no caso de atraso nas transferências; (v) a existência de evidências suficientes da execução dos objetos; (vi) a inexistência de prejuízo ao erário em decorrência das análises feitas pelo concedente e das consequentes restituições feitas pela municipalidade; e, sobretudo (vii) a existência de aprovação prévia dos ajustes pelas áreas finalísticas encarregadas do exame técnico dos convênios.

54. *Mutatis mutandis*, praticamente todas as hipóteses encontram-se adaptáveis à matéria versada nos presentes autos. Acrescento, ao final, que no mesmo aresto, em seu subitem 9.10, restou determinado à Secretaria Geral de Controle Externo do TCU que “*avalie a possibilidade de realizar ação de controle que permita exame amplo da atuação do Ministério do Turismo na celebração de convênios que não cumpram os prazos internos de análise e comprometam a efetiva aplicação dos recursos federais nos objetos pactuados, tal como constatado nos convênios 736.657/2010 e 755.468/2011 e aventado nos ajustes listados à peça 111, p. 3-4*”.

CONCLUSÃO

55. Os elementos complementares coligidos a partir da diligência permitiram espancar dúvidas anteriores, viabilizando o cotejo analítico de todas as informações disponíveis com as alegações do órgão repassador empregadas para rejeitar a prestação de contas oferecida. Inobstante diversas inconformidades, reputou-se que o evento foi realizado a contento, com atingimento dos fins sociais colimados com a sua concepção e financiamento público e que circunstâncias alheias à vontade do responsável (e que justificam a ausência de penalidades a serem imputadas), especialmente a delonga creditada a questões orçamentárias e financeiras, dentre outras, contribuíram para impropriedades formais que não podem prevalecer, sob pena de enriquecimento sem causa da União. (grifos do original)

19. Na presença da regimental manifestação do Ministério Público (peça 15), o relator da matéria, Ministro Aroldo Cedraz, acolheu parte das ponderações do representante do Parquet e determinou (peça 16) a audiência do responsável Fábio Tyrone Braga de Oliveira pelas ocorrências que enumera, a qual foi levada a efeito nos seguintes termos (peças 18-19):

a.1) contratação direta da empresa Roberto Moura do Nascimento-ME (CNPJ 10.754.517/0001-20), Contrato 254/2010 (peça 10, pp. 53-56), via inexigibilidade de licitação, sem a comprovação da configuração da hipótese de inexigibilidade prevista no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, eis que não foi apresentado contrato de exclusividade entre os artistas e o empresário contratado, registrado em cartório, nos termos do Acórdão n.º 96/2008-TCU Plenário;

a.2) contratação da empresa Roberto Moura do Nascimento-ME (CNPJ 10.754.517/0001-20), por meio do Contrato 377/2010 (Peça 10, pp. 60-63), via dispensa de licitação, sem observar as exigências da mesma Lei, eis que não foi apresentada justificativa para a contratação emergencial;

a.3) realização de licitação na modalidade convite (Peça 10, pp. 87-90) para a compra de bens e serviços comuns, em vez de realizar o pregão eletrônico, nos termos da Portaria Interministerial 127/2008, art. 49, §§ 1.º e 2.º, e dos Decretos 5.450/2005 e 5.504/2005.

20. Efetivadas as comunicações processuais (peças 22-23), o responsável constituiu procuradores (peça 25), solicitou e teve deferida dilação de prazo para atendimento do chamamento processual (peças 24 e 26) e trouxe suas razões de justificativa (peça 27), as quais são objeto de exame em tópico seguinte.

21. Conforme despacho de conclusão das comunicações processuais (peça 28), verifica-se que as providências inerentes às comunicações processuais foram concluídas.

ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DE PROCEDIBILIDADE DA IN/TCU 71/2012

22. Verifica-se que não houve o transcurso de mais de dez anos desde o fato gerador sem que tenha havido a notificação da responsável pela autoridade administrativa federal competente (art. 6º, inciso II, c/c art. 19 da IN/TCU 71/2012, modificada pela IN/TCU 76/2016), uma vez que as condutas inquinadas datam de 23/6/2010, decorrentes de eventos pretéritos, e o Sr. Fábio Tyrone Braga de Oliveira foi notificado sobre as irregularidades pela autoridade administrativa competente na data de 28/1/2013 (peça 9, p. 61-62)

OUTROS DÉBITOS NOS SISTEMAS DO TCU COM O MESMO RESPONSÁVEL

23. Informa-se que localizamos outro processo em andamento neste Tribunal onde o Sr. Fábio Tyrone Braga de Oliveira figura como responsável:

- TC-033.545/2020-0: TCE instaurada pela Caixa Econômica Federal em razão da não comprovação da regular aplicação dos recursos oriundos do Contrato de repasse CR.NR.0237812-25, tendo por como objeto Esgotamento Sanitário no Município de Sousa/PB.

24. A tomada de contas especial está, assim, devidamente constituída e em condição de ser instruída.

EXAME TÉCNICO

Razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Fábio Tyrone Braga de Oliveira (peça 27)

Argumento

25. Após pontuar preambularmente que houve a comprovação de realização do objeto da presente TCE, não restando caracterizada alguma irregularidade ensejadora de dano ao erário, argumenta o responsável, relativamente ao mérito propriamente dito da audiência, que inexistem razões para qualquer responsabilização de sua parte, uma vez que:

as licitações eram realizadas pela Comissão Permanente de Licitação da Edilidade, sem qualquer interferência do gestor, que, na condição de agente político, apenas homologava as licitações que pela referida comissão eram realizadas, ou seja; a Comissão possuía atuação livre e era a mesma que ficava encarregada da análise dos documentos indispensáveis a realização dos procedimentos, não havendo qualquer responsabilidade do gestor em tais procedimentos.

Análise

25.1 No âmbito deste Tribunal, é pacífico o entendimento que cabe ao administrador dos recursos públicos o ônus de comprovar a boa e regular utilização para os fins que lhe foram designados, de modo que não parem dúvidas sobre sua aplicação. A existência de incertezas sobre a forma de aplicação dos recursos pactuados no objeto do convênio implica na responsabilidade do gestor público pelos valores geridos (Acórdão 5997/2012-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Augusto Nardes).

25.2 Ao firmar o termo de convênio, o ex-prefeito assumiu a responsabilidade pessoal pelo cumprimento de seus termos, incluído aí o ônus de comprovar a boa e correta aplicação dos recursos públicos utilizados sob sua gestão, por força do que dispõe o artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o artigo 93 do Decreto-Lei 200/1967 c/c o artigo 66 do Decreto 93.872/1986. Decorre daí sua responsabilidade.

25.3 No caso particular, a arguição de que os atos pertinentes às licitações eram da alçada de comissão instituída para tal não afasta a responsabilidade do defendente, visto que remanesce a sua responsabilidade em relação aos atos de seus subordinados, inclusive delineado por ele próprio ao afirmar que homologava as licitações. Tem-se, por conseguinte, que o responsável incorreu, no mínimo, em *culpa in eligendo*, quando não em *culpa in vigilando*.

25.4 Por essas razões, não merece abrigo o argumento apresentado.

Argumento

26. Defende a ausência da prática de qualquer ato ilícito ou ímprobo de sua parte, alegando que

Mesmo algum ato ilegal sendo praticado, que não é o caso em questão, haja vista o evento ter sido realizado conforme previsto no plano de trabalho, observe-se que não há dolo, não se vê a existência de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto ou uma conduta ímproba, o que se vê são falhas de cunho formal, que em nada comprometeram a conclusão do objeto do convênio.

Análise

26.1 Registra-se, inicialmente, que no âmbito deste Tribunal a responsabilização por irregularidades na gestão de recursos públicos independe de dolo ou má-fé do agente, bastando a configuração do liame causal entre a conduta irregular e o dano (Acórdãos 11367/2019-2ª Câmara, Rel. Augusto Nardes, 10.590/2019-2ª Câmara, Rel. Marcos Bemquerer, 11069/2019-1ª Câmara, Rel. Benjamin Zymler).

26.2 Indo adiante, o descumprimento legal de normas em que não há dúvida relevante sobre a correta interpretação é erro grave o suficiente para atrair a responsabilização do gestor.

26.3 No caso vertente, com efeito, não se revestem de meras falhas formais os apontamentos de ordem documental que levantaram dúvidas quanto à correção do procedimento licitatório, notadamente as relacionadas a contratação das atrações artísticas previstas no plano de trabalho, como quer crer o defendente.

26.4 A propósito da contratação dessas mencionadas atrações, deve-se mencionar, por relevante, que havia previsão expressa no termo de convênio (cláusula 3ª, item II, “oo”) que, na hipótese da sua realização por inexigibilidade de licitação, deveria ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório, conforme disposições presentes no Acórdão 96/2008-TCU-Plenário.

26.5 Nessa direção, existe majoritária jurisprudência, no âmbito deste Tribunal, no sentido de se revestir de grave infração à norma legal a ausência de contratos de exclusividade entre os artistas e o empresário contratado por inexigibilidade de licitação, em afronta ao art. 25, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993.

26.6 Na presença dessas circunstâncias, como bem mencionou o representante do Parquet (peça 15), o julgamento dos casos tem sido pela irregularidade das contas e da imposição da multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992 (Acórdãos TCU-1ª Câmara 689/2017, 660/2016, 7.583/2016, 6.839/2016; e Acórdãos TCU-2ª Câmara 1.590/2015 e 2.660/2015).

26.7 Em razão da ausência de expressas manifestações no sentido de justificar as contratações havidas com dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como justificar as licitações realizadas na modalidade convite, para a compra de bens e serviços comuns, em vez de realizar o pregão eletrônico, deve-se rejeitar o argumento apresentado em razão das condutas inquinadas.

Prescrição da Pretensão Punitiva

27. Ressalta-se que a pretensão punitiva do TCU, conforme Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que uniformizou a jurisprudência acerca dessa questão, subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil, que é de 10 anos, contado da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil, sendo este prazo interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva do responsável. No caso em exame, não ocorreu a prescrição, uma vez que as condutas inquinadas datam de 23/6/2010 e o ato de ordenação da audiência dirigida ao responsável ocorreu em prazo inferior a dez anos, em 18/9/2019 (peça 16).

CONCLUSÃO

28. Em face da análise promovida na seção “Exame Técnico”, propõe-se rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo responsável Fábio Tyrone Braga de Oliveira, uma vez que não foram suficientes para sanar as condutas a ele atribuídas. Ademais, inexistem nos autos elementos que demonstrem a boa-fé do responsável ou a ocorrência de outras excludentes de culpabilidade.

28.1 Verifica-se também que houve a prescrição da pretensão punitiva, conforme análise já realizada.

28.2 Tendo em vista que não constam dos autos elementos que permitam reconhecer a boa-fé do responsável, sugere-se que as suas contas sejam julgadas irregulares, nos termos do art. 202, § 6º, do Regimento Interno do TCU, com a imputação da sanção prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

29. Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo ao Tribunal:

a) rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Fábio Tyrone Braga de Oliveira (CPF 840.833.284-87);

b) com fundamento nos termos dos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’, e 19, caput, da Lei 8.443/1992, e com arts. 1º, inciso I, 209, incisos II, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU julgar irregulares as contas do responsável Fábio Tyrone Braga de Oliveira (CPF 840.833.284-87);

c) aplicar ao Sr. Fábio Tyrone Braga de Oliveira (CPF 840.833.284-87), a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/92 c/c o art. 268 do RI/TCU, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, III, a, do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido por este Tribunal até a do efetivo recolhimento, se pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

d) autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação, na forma do disposto no art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

e) autorizar também, desde logo, caso requerido, com fundamento no art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do TCU, o parcelamento da dívida em até 36 parcelas, incidindo, sobre cada parcela, corrigida monetariamente, os correspondentes acréscimos legais, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovar, perante o Tribunal, o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovar os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir, sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, no caso do débito, na forma prevista na legislação em vigor, alertando o responsável de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do § 2º do art. 217 do Regimento Interno deste Tribunal;

f) enviar cópia do Acórdão que vier a ser proferido ao Ministério do Turismo e ao responsável, para ciência, informando-lhes que a presente deliberação, acompanhada do Relatório e do Voto que a fundamenta, está disponível para a consulta no endereço www.tcu.gov.br/acordaos.

SecexTCE, em 8 de setembro de 2020.

(Assinado eletronicamente)
Ivanildo Cleyton Nascimento



AUFC – Matrícula TCU 3460-6