

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 032.815/2015-8

Natureza: Recurso de reconsideração (tomada de contas especial)

Órgão/Entidade: Ministério do Turismo

Responsáveis: Associação Sergipana de Blocos de Trio (32.884.108/0001-80); Carlos Augusto Fraga Fontes (925.899.285-72); Guguzinho Promoções e Eventos Ltda - Me (06.172.903/0001-36); Lourival Mendes de Oliveira Neto (310.702.215-20)

Recorrentes: Associação Sergipana de Blocos de Trio (32.884.108/0001-80), Lourival Mendes de Oliveira Neto (310.702.215-20) e Carlos Augusto Fraga Fontes (925.899.285-72)

Representação legal: Laerte Pereira Fonseca, OAB/SE 6.779, representando Carlos Augusto Fraga Fontes

SUMÁRIO: CONVÊNIO. EVENTO FESTIVO. SUPERFATURAMENTO. DIFERENÇA ENTRE OS VALORES PAGOS À EMPRESA INTERMEDIÁRIA E OS PAGOS ÀS BANDAS MUSICAIS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pela Associação Sergipana de Blocos de Trio e pelos srs. Carlos Augusto Fraga Fontes e Lourival Mendes de Oliveira Neto contra o Acórdão 6.884/2020-1ª Câmara, proferido em tomada de contas especial (peças 70, 78 e 79)

2. A tomada de contas especial foi instaurada em razão da não aprovação das contas do convênio 736/2009, celebrado entre o Ministério do Turismo e a Associação Sergipana de Blocos de Trio (peça 1, p. 41).

3. O convênio, no valor de R\$ 156.500,00, dos quais R\$ 150.000,00 a cargo do concedente e R\$ 6.500,00 a título de contrapartida, teve por objeto apoiar a realização do evento “*Festival de Inverno de Santana do São Francisco*”, no município de Santana do São Francisco/SE, realizado nos dias 24 e 25/7/2009. A vigência pactuada foi de 21/7/2009 a 3/10/2009 (peça 1, p. 59).

4. Especificamente, a realização do objeto previa a realização das seguintes ações principais:

Item	Valor Previsto (R\$)	Data/duração
Divulgação Rádios FM	14.000,00	
Veiculações em Jornal da Cidade	5.500,00	
Banda Danielzinho e Forrozão Quarto de Milha	20.000,00	24/7, 1:30 horas

Banda Matruz com Leite	64.000,00	24/7, 2:00 horas
Banda Baby Som	29.000,00	25/7, 1:30 horas
Banda Painel de Controle	20.000,00	25/7, 1:30 horas
Total	152.500,00	

5. Consoante exposto no voto condutor do acórdão impugnado, constatou-se superfaturamento na contratação das quatro bandas musicais, nos seguintes termos:

2. “No quadro geral elaborado pela CGU, o percentual de superfaturamento estimado no conjunto de 229 contratos é, pode-se dizer, sintomaticamente, de 50%, ou 33,3% do valor conveniado/contratado.

3. Utilizaremos esse percentual para quantificarmos o dano ao erário resultante da contratação superfaturada das bandas Forrozação Baby Som e Danielzinho e Forrozação Quarto de Milha, das quais não se obteve o devido recibo. Para as demais bandas (Painel de Controle e Banda Mastruz com Leite) adotar-se-á a diferença entre os cachês pagos e o valor pago à representante, do que resulta a estimativa demonstrada no quadro a seguir:

Bandas	Plano de trabalho (R\$)	Valor pago às bandas (R\$)	Débito (R\$)
Banda Painel de Controle	20.000,00	16.000,00	4.000,00
Banda Forrozação Baby Som	29.000,00	(não informado)	9.665,70
Banda Danielzinho e Forrozação Quarto de Milha	20.000,00	(não informado)	6.666,00
Banda Mastruz com Leite	64.000,00	50.000,00	14.000,00
Totais	133.000,00	66.000,00	34.331,70

4. Considerando a proporcionalidade dos aportes de cada partícipe, o valor do ressarcimento a ser feito ao erário federal é de R\$ 32.958,43 (96%, percentual de aporte da União, sobre o valor do dano apurado de R\$ 34.331,70), a partir da data da emissão da nota fiscal 121, 30/9/2009 (peça 3, p. 19).”

6. Foram responsabilizados pelos valores pagos a maior a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), seu então presidente, sr. Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, a empresa contratada, Guguzinho Promoções e Eventos Ltda., e seu representante, sr. Carlos Augusto Fraga Fontes.

7. Desta feita, mediante o acórdão impugnado, os recorrentes tiveram suas contas julgadas irregulares, foram condenados solidariamente em débito pela quantia de R\$ 32.958,43 e sofreram, individualmente, a pena de multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 59.000,00.

8. Depois de propor o conhecimento dos recursos, a Secretaria de Recursos assim se manifestou quanto ao mérito:

“EXAME DE MÉRITO

11. Constitui objeto desta análise definir se:

11.1. Houve a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário e do regime da Lei 9.873/1999.

11.2. As bandas musicais foram comprovadamente contratadas a preço de mercado.

Alegação de prescrição da pretensão punitiva do TCU

12. *Argumentos da prescrição da pretensão punitiva do TCU.*

12.1. *Carlos Augusto Fraga Fontes alega a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do TCU, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, assentado no julgamento do Mandado de Segurança 32.201, Distrito Federal, com fulcro na Lei 9.873/1999 (peça 70, p. 8-14).*

12.2. *Lourival Mendes de Oliveira Neto e ASBT sustentam a prescrição quinquenal, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal assentado no RE 636886 (informativo nº 910) e na decisão da Primeira Turma sobre o MS 32201, de relatoria do Min. Roberto Barroso, julgada em 21/03/2017, DJe-173, divulgado em 4/8/2017 e publicado em 7/8/2017 (peças 78 e 79, p. 2-3).*

Da análise da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória

13. *A análise da 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 93) 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) considerando, porém, que o acórdão proferido no RE 636.886 ainda está sujeito à oposição de embargos declaratórios, não é recomendável reconhecer a prescrição desde logo, ante a possibilidade de esclarecimento da decisão em sentido diverso do ora defendido (notadamente quanto aos atos dolosos) ou mesmo a modulação de seus efeitos, para preservar as ações de controle instauradas com base no entendimento jurisprudencial até então vigente;

f) 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, é recomendável que o julgamento do processo seja sobrestado, até ulterior deliberação do Tribunal.

13.1. As manifestações da Serur juntadas à peça 93 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.

13.2. 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”.

13.3. 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.

13.4. Com essas explicações adicionais, passa-se à análise da prescrição no caso em exame, considerando-se as premissas indicadas anteriormente.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário

14. 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.

14.1. 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.

14.2. Aplicando essas balizas, verifica-se o seguinte:

Prescrição da pretensão punitiva não caracterizada				
Termo inicial - prazo máximo para prestação de contas	Tempo	Ordem de citação (interrupção do prazo)	Tempo	Acórdão 6884/2020-1ª Câmara

2/11/2009 (peça 1, p. 46-47)	9 anos e 1 mês	17/12/2018 (peça 25)	1 ano e 6 meses	23/6/2020 (peça 48)
---------------------------------	-------------------	----------------------	--------------------	---------------------

14.3. Considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, conclui-se pela possibilidade da aplicação de multa, como também da condenação ao ressarcimento, conforme os parâmetros definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

15. Adotando-se as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, e mesmo considerando-se o prazo geral, de cinco anos, observa-se que não teria ocorrido a prescrição. Para tanto, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

a) Termo inicial:

15.1. A Lei 9.873/1999, art. 1º traz previsão expressa a respeito do início do prazo como a data da prática do ato. Neste caso, considera-se a data do último dia de apresentação das contas: 2/11/2009.

b) Prazo:

15.2. 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 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).

15.3. 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.

15.4. Não obstante, as causas interruptivas indicadas abaixo evidenciam que a prescrição não teria ocorrido, mesmo que se aplicasse o prazo geral de cinco anos.

c) Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos:

15.5. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (art. 2º, II). Exemplos típicos, no caso em exame, são: o ofício de 12/11/2009 (peça 1, p. 64), Parecer/Conjur/MTur 19, de 18/1/2010 (peça 1, p. 67-69), nota técnica de análise 232/2012, de 17/4/2012 (peça 1, p. 71-75), ofícios 696 e 697, de 22/6/2012 (peça 1, p. 78-80), nota de reanálise 203, de 7/2/2014 (peça 1, p. 90-94), informações sobre o relatório de demandas externas da CGU, de (peça 1, p. 95-139), ofícios 1880 e 1881, de 3/10/2014 (peça 1, p. 140-142, 149), nota técnica 481, de 16/9/2014 (peça 1, p. 143-148), ofício 472, de 7/4/2015 (peça 1, p. 152), relatório de TCE 247, de 6/5/2015 (peça 1, p. 169-173), relatório de auditoria da CGU, de 18/8/2015 (peça 1, p. 193-198), as análises técnicas de 20/11/2015, 17/5/2016, 14/6/2016, 3/10/2016, 22/1/2019, 22/9/2019 (peças 2, 5, 6, 14, 27, 43) e o Acórdão 15736/2018-TCU-1ª Câmara de 4/12/2018 (peça 20). Com esse fundamento, houve a interrupção do prazo prescricional nestas datas até o acórdão condenatório de 23/6/2020 (peça 48).

d) Interrupções pela citação dos responsáveis:

15.6. *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 também a interrupção do prazo prescricional em 13/2/2019 (peças 29-36).*

15.7. *Cabe destacar, por oportuno, que, em se tratando de devedores solidários, a interrupção da prescrição feita a um prejudica aos demais. Incide, nesse caso, regra própria da teoria geral das obrigações, segundo a qual “a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais” (art. 204, § 1º, do Código Civil). São consequências próprias da solidariedade (a exemplo da regra de que o credor pode demandar qualquer dos devedores, art. 275 do Código Civil), que não precisam ser repetidas em cada diploma legal específico.*

e) Interrupção pela decisão condenatória recorrível:

15.8. *Por fim, a prescrição também se interrompe “pela decisão condenatória recorrível” (art. 2º, III, da Lei 9.873/1999). Com esse fundamento, houve a interrupção em 23/6/2020, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 48). Essa interrupção é relevante, por estabelecer prazo para julgamento do recurso.*

f) Da prescrição intercorrente:

15.9. *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”.*

15.10. *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.*

15.11. *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.*

15.12. *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”.*

15.13. *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.*

15.14. *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).*

15.15. *Especificamente quanto a esta TCE, verifica-se que as próprias causas de interrupção elencadas acima evidenciam que o processo teve andamento regular, não se operando a prescrição intercorrente.*

15.16. *Logo, há informações suficientes nos autos para evidenciar o regular andamento do feito, não se verificando a prescrição intercorrente prevista na Lei 9.873/1999.*

g) *Conclusão:*

15.17. *Independentemente da existência de outras causas interruptivas não elencadas acima, 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.*

15.18. *Partindo-se da premissa de que a pretensão reparatória segue as mesmas balizas, 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 a condenação ao ressarcimento do prejuízo apurado nos autos, segundo o regime da Lei 9.873/1999.*

Alegações de Carlos Augusto Fraga Fontes (peça 70)

16. *O recorrente sustenta que:*

16.1. *Os preços fornecidos foram condizentes com a realidade praticada no mercado artístico. Ou seja, não houve superfaturamento ou dano ao erário.*

16.1.1. *A prestação do serviço contratado deu-se efetivamente no dia e hora marcados, de forma correta e legal. Assim, a imputação de débito implica o enriquecimento ilícito da Administração (peça 70, p. 16-17 e 20).*

16.1.2. *Não há prova que indique, de forma cabal, a incongruência dos preços praticados no convênio 736/2009 em relação aos valores praticados com outros demandantes em eventos similares. Além disso, as características particulares de outros eventos podem levar a eventual distorção nos preços, pois à medida que cresce a popularidade do artista, aumenta sua procura e o preço de sua contratação, fato este que foi dissuadido nos autos (peça 70, p. 15-16).*

16.1.3. *A contratação por empresa intermediária não foi mais onerosa para a Administração (peça 20, p. 20).*

16.2. *Ele não geriu recursos públicos e nem praticou ato ilegal, na qualidade de contratado da ASBT. Inexistiu dolo específico por parte de Carlos Augusto Fraga Fontes, o qual cumpriu as disposições contratuais, sem ofender o art. 46, II, da Portaria Interministerial 127/2008 (peça 70, p. 14, 17, 20 e 21).*

16.3. *A legalidade ou não da contratação direta não é de responsabilidade de Carlos Augusto Fraga Fontes (contratado), que não intermediou a destinação de recursos do convênio (peça 70, p. 20).*

16.4. *Não há irregularidade no contrato firmado entre a ASBT e a empresa Guguzinho, que detinha as cartas de exclusividade das bandas para a data da realização do evento (peça 70, p. 19).*

16.5. *A ausência de publicação no DOU do contrato, celebrado entre a administração pública e o empresário decorrente de processo de inexigibilidade de licitação (art. 26 da Lei 8.666/1993), sem a comprovação de dano ao erário, é insuficiente para a glosa integral dos*

valores pactuados, nos termos do parecer do MPTCU, que resultou no Acórdão 6.730/2015-TCU-1ª Câmara, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler (peça 70, p. 17-18).

Análise das alegações de Carlos Augusto Fraga Fontes

17. A Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), Lourival Mendes de Oliveira Neto, representante legal da ASBT, e Carlos Augusto Fraga Fontes, representante legal da empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda., foram chamados nos autos pelos seguintes motivos (peças 29 a 32):

17.1. Falta de comprovação de que as bandas foram contratadas por preço de mercado, exigência contida no item “h” da parte II da cláusula terceira e da cláusula oitava do convênio 736/2009, e no art. 46, II, da Portaria Interministerial 127/2008.

17.2. Existência de evidências de superfaturamento, correspondente à diferença ente os valores pagos à empresa que se apresentou como representante exclusiva e os valores recebidos pelas bandas, valores presumidos como preços de mercado em razão do contexto em que ocorreram as contratações diretas e da precariedade jurídica dos instrumentos de representação para o evento denominado ‘Festival de Inverno de Santana do São Francisco’.

18. O Ministro Weder de Oliveira assentou em seu voto que (peça 49):

18.1. A participação da empresa Guguzinho configurou intermediação injustificada, onerosa e viabilizadora de enriquecimento sem causa, pelos seguintes motivos (peça 49, p. 2-4):

18.1.1. Não há evidências de que os valores definidos no convênio eram aqueles praticados pelo mercado local ou pelas bandas com outras demandantes em eventos anteriores e equivalentes.

18.1.2. Não houve justificação de preços, apontada pela unidade técnica (item 19.3 da peça 43, p. 8-9) e pela Controladoria-Geral da União (peça 3, p. 13-15).

18.1.3. As cartas de exclusividade constituíram-se de instrumentos precários, que sequer definiram a remuneração da empresa pela exclusividade de representação das bandas.

18.2. O superfaturamento de R\$ 32.958,43, que constituiu o débito perante a União, foi composto pela (peça 49, p. 5):

18.2.1. Diferença entre o valor pago à empresa Guguzinho e o cachê recebido pelas bandas Paineis de Controle e Mastruz com Leite (R\$ 17.280,00 = 96% de 18.000,00); e

18.2.2. Estimativa baseada no relatório da CGU de 33,3% do valor contratado com as bandas Forrozação Baby Som e Danielzinho e Forrozação Quarto de Milha (R\$ 15.678,43 = 96% de 16.331,70).

18.3. O ônus da demonstração da compatibilidade dos preços verificados no convênio 736/2009 com aqueles praticados em eventos similares e anteriores é, tanto da ASBT que utilizou recursos federais, quanto da empresa Guguzinho que os praticou (peça 49, p. 4).

19. Passa-se ao exame do mérito.

20. O cerne da questão é verificar se os elementos apresentados em sede recursal são capazes de afastar as evidências de superfaturamento ou de comprovar que as bandas foram contratadas por preços de mercado.

21. As alegações fundamentadas na efetiva apresentação das bandas e na regularidade da contratação por carta de exclusividade, isoladamente, são incapazes de demonstrar a compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado ou de afastar as evidências de superfaturamento.

22. *A mera alegação da inviabilidade de comparação dos preços contidos no convênio 736/2009 com aqueles praticados em eventos anteriores e de características peculiares, não se sustenta por falta de lastro probatório.*

23. *Observe que o recorrente não apresentou os elementos de prova da relação entre o crescimento da popularidade das bandas e os preços contratados no âmbito do convênio 736/2009. O responsável também não apresentou outros custos incorridos pela empresa Guguzinho que pudessem justificar a divergência entre os valores pagos a ela e os cachês recebidos pelas bandas.*

24. *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 à banda. Tal entendimento encontra-se assentado nos Acórdãos 2026/2019-TCU-Plenário, rel. Min. Vital do Rêgo, 2577/2020-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Augusto Nardes, e 4791/2019-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.*

25. *O Relatório da Controladoria-Geral da União destacou que os valores pagos à empresa Guguzinho Promoções e Eventos Ltda. foram superiores aos cachês recebidos pelas bandas Painel de Controle e Mastruz com Leite, indicando que a empresa contratada pela ASBT majorou o valor do cachê e se apropriou dessa diferença (item 2.1.2.422 da peça 3, p. 13-15).*

26. *A diferença entre o valor pago à empresa Guguzinho e o cachê recebido pelas bandas Forrozação Baby Som e Danielzinho e Forrozão Quarto de Milha, por falta de exibição documental, foi estimada em 33,3% do valor contratado, com base no relatório da CGU (peça 1, p. 96-97).*

27. *Dessa forma, a falta de comprovação de que as bandas foram contratados por preços de mercado, aliada à existência de evidências de superfaturamento, implicou o débito de R\$ 32.958,43 perante a União, conforme o quadro abaixo.*

<i>Bandas musicais</i>	<i>Plano de trabalho</i>	<i>Pago às bandas</i>	<i>Débito</i>	<i>Débito com a União (96%)</i>
<i>Painel de Controle</i>	<i>20.000,00</i>	<i>16.000,00</i>	<i>4.000,00</i>	<i>3.840,00</i>
<i>Forrozação Baby Som</i>	<i>29.000,00</i>	<i>(não informado)</i>	<i>9.665,70</i>	<i>9.279,07</i>
<i>Danielzinho e Forrozão</i>	<i>20.000,00</i>	<i>(não informado)</i>	<i>6.666,00</i>	<i>6.399,36</i>
<i>Mastruz com Leite</i>	<i>64.000,00</i>	<i>50.000,00</i>	<i>14.000,00</i>	<i>13.440,00</i>
<i>Totais</i>	<i>133.000,00</i>	<i>66.000,00</i>	<i>34.331,70</i>	<i>32.958,43</i>

28. *A diferença entre os valores contratados (plano de trabalho) e os valores recebidos pelas bandas explicita uma onerosidade desnecessária para a Administração Pública, decorrente da intermediação da empresa Guguzinho para a apresentação das bandas.*

29. *A oferta de proposta com valores acima dos praticados pelo mercado contribuiu para o superfaturamento dos serviços, sujeitando a empresa Guguzinho à responsabilização solidária pelo dano evidenciado (v.g. Acórdãos 7074/2020-TCU-1ª Câmara, 1304/2017-TCU-Plenário, 1392/2016-TCU-Plenário e 2262/2015-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, 1229/2020-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Bruno Dantas e 454/2014-TCU-Plenário, rel. Min. Augusto Sherman).*

30. *Note-se que a responsabilização de Carlos Augusto Fraga Fontes, representante legal da empresa Guguzinho, decorreu da existência de indícios de superfaturamento das apresentações artísticas. Cabia-lhe demonstrar, em sede de alegações de defesa, a compatibilidade dos preços contratados com os definidos no mercado ou com aqueles praticados pela empresa em eventos anteriores e similares, o que não ocorreu.*

31. *Assim, não há que se falar que o recorrente foi responsabilizado pela gestão de recursos públicos ou pela ausência de publicação prevista no art. 26 da Lei 8.666/1993.*

32. *A responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa stricto sensu, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa para que o responsável seja instado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário. Por consequência, a alegada inexistência de dolo específico de Carlos Augusto Fraga Fontes é inábil para afastar sua responsabilização neste feito.*

33. *Remanescem, portanto, as evidências de superfaturamento, a falta de justificação dos preços contratados, a falta de comprovação da cotação prévia de preços e a falta de demonstração de que as bandas foram contratados a preço de mercado.*

34. *Desse modo, não há como acolher as razões apresentadas.*

Argumentos de Lourival Mendes de Oliveira Neto e da ASBT (peças 78 e 79)

35. *Os recorrentes alegam que:*

35.1. *O TCU deve avaliar as provas apresentadas nos autos à luz do princípio da verdade material (peças 78 e 79, p. 7).*

35.2. *Os custos das apresentações das bandas foram minuciosamente analisados e aprovados pelo Ministério do Turismo, como determina a Portaria Interministerial 127/2008. A escolha das bandas decorreu do desejo do público local, sendo que o contratado era o único detentor das cartas de exclusividade dessas bandas (peças 78 e 79, p. 8-11, 21).*

35.3. *A inexigibilidade de licitação teve justificativa de preços, que estavam condizentes com aqueles praticados no mercado, conforme as notas do prestador de serviços do convênio expostas no banco de dados do Sistema de Convênios, de acesso livre e público (Portal Siconv) (peças 78 e 79, p. 23).*

35.4. *A justificativa de inexigibilidade continha o nome da empresa contratada, o valor dos cachês dos artistas consagrados pela opinião pública, a data e o local da apresentação, tudo em conformidade com a Portaria Interministerial 127/2008 (peças 78 e 79, p. 24).*

35.5. *O convênio 736/2009 não exigiu a apresentação de recibo emitido pelo artista, mas somente a comprovação de pagamento ao prestador do serviço (empresa contratada), mediante apresentação de nota fiscal idônea, recibo e transferência bancária ao contratado (peças 78 e 79, p. 20).*

35.6. *A movimentação financeira dos recursos observou todos os termos do convênio. Assim, os pagamentos foram transferidos para conta do único fornecedor, que detinha a carta de exclusividade e o orçamento dos artistas (cotação prévia de preços no mercado), conforme determina o art. 45 da Portaria Interministerial 127/2008 (peças 78 e 79, p. 21).*

35.7. *A análise do nexo causal dos recursos contraria a função da Corte de Contas, porque se processa na área privada. A arbitragem de ganhos internos no relacionamento dos empresários exclusivos entre si e entre eles e os artistas não é função deste Tribunal, a teor do entendimento assentado nos Acórdãos 1435/2017-TCU-Plenário e 9313/2017-TCU-1ª Câmara (peças 78 e 79, p. 7, 8, 23).*

35.8. *A relação entre artista e empresário contratante configura relação entre terceiros, estranha à competência do TCU discutida em diversos acórdãos dessa corte. Logo, não há que se falar em perda do nexo de causalidade, superfaturamento ou ausência de recibo do artista (peças 78 e 79, p. 20).*

35.9. *O valor pago corresponde àquele contratado, descrito em nota fiscal e orçado pela*

empresa detentora da exclusividade das bandas, como determina o item 9.2.3.2 do Acórdão 1435/2017–TCU-Plenário (peças 78 e 79, p. 24-25).

35.10. *O Juízo da 2ª Vara Federal de Sergipe concluiu no processo penal 0803927-43.018.4.05.8500 que: (i) a prova produzida foi inapta a demonstrar que Lourival Mendes de Oliveira Neto tenha se apropriado dos recursos do convênio 702871/2008 ou de que os tenha dolosamente desviado em favor de terceiro; (ii) parte das irregularidades apontadas nos autos possuía natureza formal; (iii) a Lei 8.666/1993 não se aplicava ao caso; (iv) a responsabilidade da empresa contratada pelo repasse do valor do cachê aos artistas não pode ser imputada a Lourival Mendes de Oliveira Neto (ASBT), que repassou integralmente os valores ao contratado (peças 78 e 79, p. 12-13, 21-23).*

35.11. *O Juízo da 8ª Vara Federal de Sergipe decidiu no processo penal 0804059-03.2018.4.05.8500 que: (i) a prova produzida foi inapta a demonstrar a ocorrência de dano ao erário, dolo específico, conluio ou a existência dos crimes previstos nos artigos 89 da Lei 8.666/1993 e 312 do Código Penal; (ii) o fato de que o convênio só era assinado após a aprovação da documentação pelo Ministério do Turismo indica a boa-fé de Lourival Mendes de Oliveira Neto; (iii) não houve indícios de ilegalidade na inexigibilidade de licitação; (iv) as contratações diretas foram feitas segundo as regras existentes à época, tanto no que se refere à forma de contratação, quanto em relação à apresentação da carta de exclusividade; e (v) não havia a obrigatoriedade de licitar no âmbito do convênio 70367/2009 (peças 78 e 79, p. 13-20).*

35.12. *O fato de o convênio ter sido assinado após a aprovação da documentação pelo Ministério do Turismo demonstra a ausência de dolo e indica a boa-fé de Lourival Mendes de Oliveira Neto, a teor da sentença judicial proferida no processo 0804059-03.2018.4.05.8500, de matéria análoga à presente tomada de contas (peças 78 e 79, p. 5-7).*

Análise dos argumentos de Lourival Mendes de Oliveira Neto e da ASBT

36. *Preliminarmente, enfatiza-se que o Tribunal de Contas da União, ao julgar seus processos, busca a verdade material e é nesse sentido que diversas de suas decisões evocam o princípio do formalismo moderado. Segundo esse princípio, que se opõe à verdade formal, a Administração deve buscar aquilo que realmente é verdade, não se restringindo unicamente ao que restou demonstrado no processo. Isso porque, ao contrário do que se dá no processo civil, o interesse público é que guia a atuação do controle administrativo, afastando deste a limitação imposta pela verdade formal (v.g. Acórdãos 1540/2020-TCU-Plenário e 2369/2009-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, 3328/2015-TCU-Plenário, rel. Min. José Mucio Monteiro, 133/2015-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Bruno Dantas, 341/2010-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Augusto Sherman, 3197/2016-TCU-Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro).*

37. *A alegação de que os custos das apresentações das bandas, fornecidos pela ASBT, foram minuciosamente analisados e aprovados pelo Ministério do Turismo, por si só, não comprova que tais orçamentos condiziam com o preço de mercado, ou seja, que não estavam superestimados.*

38. *Os recorrentes não apresentaram a cotação prévia de preços de mercado das apresentações artísticas, determinada pelo art. 46, da Portaria Interministerial 127/2008, que, a princípio, deveria ser realizada por meio dos valores anteriormente recebidos pelas bandas em outros eventos equivalentes.*

39. *Também não constam dos autos outros elementos de prova capazes de comprovar que as apresentações artísticas foram contratadas a preço de mercado ou que justifiquem os valores pagos à empresa Guguzinho, contratada pela ASBT para a realização das apresentações musicais.*

40. Portanto, cabe a responsabilização da ASBT e de seu dirigente pelo orçamento apresentado ao Ministério do Turismo com superestimativa de preços.

41. O fato de a empresa Guguzinho ter sido a única detentora das cartas de exclusividade das bandas Painel de Controle, Mastruz com Leite, Forrozação Baby Som e Danielzinho e Forrozação Quarto de Milha não justifica os valores praticados no âmbito do convênio 736/2009, que evidenciaram o superfaturamento.

42. A mera alegação de que a movimentação financeira dos recursos observou todos os termos de convênio e de que a justificativa de inexigibilidade continha o nome da empresa contratada, o valor dos cachês dos artistas, a data e o local da apresentação, em atendimento às disposições da Portaria Interministerial 127/2008, não afasta as evidências do superfaturamento.

43. A alegação de que o convênio 736/2009 dispensou a apresentação dos recibos emitidos pelas bandas musicais está de acordo com as disposições contidas na cláusula décima terceira do termo do convênio (peça 1, p. 53-54). Observe, todavia, que a apresentação de tais recibos poderia, em tese, auxiliar a defesa dos recorrentes no sentido de afastar os indícios de superfaturamento ou justificar o preço praticado.

44. Reitera-se que a condenação dos recorrentes decorreu da existência de evidências de superfaturamento das apresentações artísticas e da não comprovação de que as bandas foram contratados por preço de mercado, conforme assentou o Relator original nos itens 16, 17, 23-28 e 32-34 de seu voto (peça 49, p. 2-4), destacando-se o seguinte trecho:

26. Por essa linha de investigação, o que se tem por demonstradas são evidências de ocorrência de dano ao erário por superfaturamento, e não de ocorrência de dano ao erário fundado essencialmente no entendimento de quebra do nexo causal por representação jurídica inadequada.

45. Desta feita, não merecem acolhimento os argumentos recursais fundamentados na análise do nexo causal dos recursos do convênio e na incompetência do TCU para arbitrar os ganhos dos empresários das bandas, porque são inábeis para modificar os fundamentos da decisão recorrida.

46. O Acórdão 1435/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, mencionado pelos recorrentes, tratou de consulta realizada pelo Ministério do Turismo ao TCU sobre a contratação por inexigibilidade de licitação. Nesta decisão, o Tribunal esclareceu, entre outras disposições, que a existência de dano aos cofres públicos evidencia-se por inexecução do evento objeto do convênio ou quando não for possível comprovar o nexo de causalidade.

47. Observe que o referido acórdão não tratou da irregularidade em exame, qual seja, o superfaturamento das apresentações e, por esse motivo, não tem o condão de socorrer a defesa dos recorrentes.

48. A afirmação de que o valor pago à empresa detentora da exclusividade das bandas, descrito em nota fiscal, corresponde ao preço orçado e contratado igualmente não socorre a defesa dos recorrentes, porquanto não afasta os indícios de superfaturamento das apresentações.

49. As decisões judiciais nos processos penais 0803927-43.018.4.05.8500 e 0804059-03.2018.4.05.8500 não vinculam a decisão recorrida deste Tribunal de Contas da União, porque:

49.1. O trâmite no âmbito do Poder Judiciário de ação penal versando sobre o mesmo assunto e tendo por objeto idênticas responsabilidades não obsta a atuação do TCU nas matérias de sua competência, dado o princípio da independência das instâncias.

- 49.2. *Os processos judiciais não trataram da irregularidade “superfaturamento”.*
- 49.3. *Os processos judiciais versaram sobre outros convênios, 702871/2008 e 70367/2009, distintos do, ora em exame, convênio 736/2009 (Siconv 704183).*
50. *A responsabilidade subjetiva dos recorrentes caracterizou-se pela culpa stricto sensu, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa. A apresentação de orçamento com preços superestimados ao Ministério do Turismo, a consecução do convênio e o pagamento por serviços superfaturados demonstram o nexo entre a conduta dos responsáveis e o dano apurado.*
51. *Assim, não houve a alegada transferência da responsabilidade da empresa Guguzinho à ASBT pelo repasse do valor do cachê aos artistas.*
52. *No âmbito do TCU, é considerado de boa-fé o responsável que, embora tenha concorrido para o dano ao erário, seguiu as normas pertinentes, os preceitos e os princípios do direito. A análise da conduta, portanto, é feita sob o ponto de vista objetivo, sem que seja necessária a comprovação de má-fé (dolo), mas apenas da ausência de boa-fé objetiva, para a responsabilização do agente (v.g. Acórdãos 13732/2019-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues e 7936/2018-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Augusto Sherman).*
53. *No caso em exame, a simples constatação de que o representante da ASBT deixou de comprovar a realização da cotação prévia de preços já afasta a caracterização da boa-fé. Por consequência, o fato de o convênio ter sido assinado após a aprovação da documentação pelo Ministério do Turismo não é suficiente para demonstrar a boa-fé de Lourival Mendes de Oliveira Neto nestes autos.*
54. *Desse modo, não há como acolher as razões apresentadas.*

CONCLUSÃO

55. *A prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário e do regime da Lei 9.873/1999, não restou caracterizada nos autos.*
56. *O débito apurado no acórdão recorrido remanesce em razão das evidências de superfaturamento; da falta de justificação dos preços contratados; da falta de comprovação da realização da cotação prévia de preços e da falta de evidências de que os valores definidos no convênio eram aqueles praticados pelo mercado local ou pelas bandas com outras demandantes em eventos anteriores e equivalentes.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

57. *Ante o exposto, submete-se à consideração superior a análise dos recursos de reconsideração interpostos por Carlos Augusto Fraga Fontes, Lourival Mendes de Oliveira Neto e Associação Sergipana de Blocos de Trio contra o Acórdão 6.884/2020-TCU-1ª Câmara, propondo-se, com fundamento no artigo 33, da Lei 8.443/1992:*
- a) conhecê-los e, no mérito, negar-lhes provimento;*
 - b) dar ciência às partes, à Procuradoria da República no Estado de Sergipe, aos órgãos/entidades interessados, bem como aos demais cientificados do acórdão recorrido.”*

9. O Ministério Público junto ao TCU manifestou-se de acordo com a unidade técnica:

“Manifesto-me de acordo com a proposta de encaminhamento alvitrada na instrução de peça 96.

No entanto, cumpre tecer algumas considerações acerca da recente controvérsia relativa à possível ocorrência de **prescrição reparatória**, advinda após julgamento do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Recurso Extraordinário 636.886, em que se decidiu repercussão geral no Tema 899, que adotou a seguinte redação: "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas". A prescrição é um dos argumentos apresentados pelos responsáveis em seus recursos (peças 70, 78 e 79).

Anoto que referida decisão da Corte Suprema ainda não transitou em julgado, estando sob embargos de declaração opostos pela Advocacia Geral da União, justamente para melhor compreensão de seu exato alcance.

Assim, considerando que a matéria decidida pelo STF ainda se encontra pendente de definitividade, considerando que a questão da imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário tem sede constitucional (art. 37, § 5º) e considerando, ainda, o disposto na Súmula TCU 282, entendo que não comporta falar-se em prescrição quanto ao ressarcimento do débito apurado nos autos. Esse tem sido o entendimento do próprio TCU, após o que restou deliberado pelo STF no Tema 899, conforme Acórdão nº 2620/2020-Plenário, Acórdãos 5.236/2020-TCU-1ª Câmara, 6.171/2020-TCU-2ª Câmara, 6.084/2020-TCU-1ª Câmara, 5.681/2020-TCU-2ª Câmara, 6.846/2020-TCU-2ª Câmara, 6.676/2020-TCU-2ª Câmara, 6.707/2020-TCU-2ª Câmara, 6.473/2020-TCU-1ª Câmara, 6.466/2020-TCU-1ª Câmara, 6.465/2020-TCU-1ª Câmara, entre outros.

Todavia, quanto à **prescrição da pretensão punitiva**, avalio que o tema comporta nova discussão com relação ao prazo. Atualmente vigora no âmbito do TCU o prazo de dez anos da lei civil, conforme decidido no Acórdão 1.441/2016-Plenário. Ocorre que o STF, no âmbito do Mandado de Segurança 35.512/DF e da correspondente Reclamação nº 39.497/DF (decidida monocraticamente em 30/6/2020 e, colegiadamente, em sede de agravo, em **9/10/2020**), processos que versaram especificamente acerca de decisões proferidas pelo TCU no âmbito da tomada de contas especial nº TC-030.229/2015-4, reconheceu a ocorrência da prescrição, **em cinco anos, nos termos da Lei 9.873/1999**. No mesmo sentido o MS 32.201/DF em que o STF, após examinar os fundamentos do Acórdão n.º 1441/2016-Plenário, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade.

1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. (...)."

Recordo que, antes da uniformização da jurisprudência definida no citado Acórdão 1.441/2016-Plenário, sempre defendi o prazo de cinco anos para fins da aferição da ocorrência da prescrição punitiva no âmbito do TCU. Tendo em vista as recentes decisões do STF acerca do tema, acima citadas, sinto-me confortável em voltar a advogar que **a pretensão punitiva da Corte de Contas prescreve em cinco anos**, observado o regime definido na Lei 9.873/1999.

Não obstante a digressão anterior seja relevante para balizar, doravante, o entendimento deste representante do MP/TCU acerca da prescrição punitiva do TCU, anoto que, para os fins do caso concreto sob análise no presente processo, considerando qualquer das duas óticas – dez anos, nos moldes do Acórdão 1.441/2016-Plenário, ou cinco anos, nos termos da Lei 9.873/1999 e das mencionadas decisões do STF –, não ocorreu a prescrição (vide itens 14 e 15 da instrução à peça 96).

Feitas essas considerações, manifesto-me de acordo com a proposta de encaminhamento constante do item 57 da instrução de peça 96."



É o relatório.