

TC 022.423/2016-8

Apenso: 030.334/2017-9

Tipo: Embargos de declaração em tomada de contas especial.

Unidade: Prefeitura de Peixe-TO.

Recorrente: Neila Pereira dos Santos (349.817.991-87).

Advogado: não há.

Interessado em sustentação oral: não.

Sumário: Tomada de contas especial. Convênio. Ministério do Turismo. Prestação de contas rejeitadas. Contas irregulares. Débito parcial. Multa. Recurso de reconsideração. Comprovação da execução física e do nexos financeiro da finalidade pública pretendida. Débito afastado. Não atendimento à formalidade que demonstra a inviabilidade de competição. Infração à norma legal. Contas irregulares. Multa. Alteração do fundamento e redução do valor. Embargos de declaração. Não caracterização da prescrição da pretensão punitiva e reparatória, segundo o regime da Lei 9.873/1999. Contradição não caracterizada. Falhas remanescentes e injustificadas ensejam a manutenção do julgamento pela irregularidade das contas com aplicação de multa. Proposta de negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Neila Pereira dos Santos, ex-prefeita de Peixe-TO (peça 130), contra o Acórdão 7136/2020-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro (peça 112), transcrito na íntegra abaixo:

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial, interposto pela Sra. Neila Pereira dos Santos contra o Acórdão 3483/2019-TCU-2ª Câmara, por meio do qual houve impugnação total das despesas relacionadas ao Convênio 0717/2009, firmado com o Ministério do Turismo para a realização do evento intitulado “Temporada de Praia 2009”;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, diante das razões apresentadas pelo Relator, em:

9.1. conhecer do Recurso de Reconsideração interposto pela Sra. Neila Pereira dos Santos (CPF: 349.817.991-87), para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, exclusivamente para:

9.1.1. tornar sem efeito sua condenação ao pagamento do débito imputado por meio do item 9.2. do Acórdão 3483/2019-TCU-2ª Câmara, mantendo, porém a irregularidade das contas, com fundamento dos arts. 1º, I, 16, III, “b”, 19, caput e 23, III, da Lei nº 8.443/1992;

9.1.2. mudar a fundamentação legal da multa aplicada a recorrente do art. 57, da Lei 8.443/1992 (item 9.3, do Acórdão 3483/2019-TCU-2ª Câmara), para o art. 58, inciso II da mesma lei, diminuindo-lhe o valor para R\$ 6.000,00 (seis mil reais); e

9.2. cientificar a recorrente, o Ministério do Turismo, o Ministério Público da União, a Polícia Federal/Superintendência Regional no Estado do Tocantins, o Tribunal de Contas do Estado de Tocantins, a Prefeitura e a Câmara de Vereadores do Município de Peixe/TO (item 9.6 e subitens da decisão recorrida) deste Acórdão, ressaltando-se que o Relatório e o Voto que o fundamentaram podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.

HISTÓRICO

2. Esta tomada de contas especial foi instaurada pelo Ministério do Turismo em desfavor de Neila Pereira dos Santos, como então prefeita de Peixe-TO (gestões: 2009-2012 e 2013-2016), diante da total impugnação dos dispêndios inerentes ao Convênio nº 0717/2009 firmado para o apoio à realização do evento intitulado “Temporada de Praia 2009”, tendo a vigência do ajuste sido fixada para o período de 20/7 a 22/12/2009, sob o valor de R\$ 312.500,00 pelo aporte de R\$ 300.000,00 em recursos federais e de R\$ 12.500,00 em recursos da contrapartida municipal.

3. As irregularidades pelas quais a responsável foi citada foram: (a) falta denexo causal entre os recursos federais e os dispêndios informados; (b) contratação de show artístico por inexigibilidade de licitação ante o uso de empresa intermediária, desprovida do contrato de exclusividade; (c) contratação de equipamentos e de veículo de publicidade, por convite em detrimento do pregão; (d) realização de três aquisições pelo uso de convite para objetos semelhantes, tendo o mesmo fornecedor, figurado como contratado, ante o indevido fracionamento das despesas; e (e) falta de apresentação das cópias do processo licitatório dos convites homologados em favor da Cleanto Carlos de Oliveira-ME (peça 26).

4. A análise final da Secex-TO (peças 72-74) foi acolhida pelo MPTCU (peça 75), pelo Relator original (peça 78) e pelo Tribunal (peça 77), afastando-se parte do débito, sem prejuízo do julgamento pela irregularidade das contas e da aplicação de multa à recorrente, diante das falhas remanescentes.

5. Em análise do recurso de reconsideração apresentado pela ex-prefeita (peça 103), apoiado nos pareceres da Serur (peça 109), e do MPTCU (peça 111), o Relator e o Tribunal (peças 112 e 113) concluíram pela comprovação da execução física, donexo causal e da inexistência de dano aos cofres da União, remanescendo injustificadas irregularidades/falhas constatadas nos procedimentos licitatórios, incluindo ausência de contrato de exclusividade que justificasse a contratação da atração musical por inexigibilidade de licitação, o que resultou na manutenção da irregularidade das contas e na alteração do fundamento e na redução do valor da multa aplicada à ex-gestora.

6. Passa-se à análise dos embargos declaratórios.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

7. O Ministro Raimundo Carreiro admitiu o apelo, suspendendo-se os efeitos do Acórdão 7136/2020-TCU-2ª Câmara (peça 135).

EXAME DE MÉRITO

8. Constitui objeto desta análise definir se houve:

8.1. A caracterização da prescrição da pretensão punitiva, segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário e do regime da Lei 9.873/1999.

8.2. A caracterização da contradição alegada pela recorrente.

Da prescrição

9. No exame da prescrição, a Serur tem adotado os entendimentos detalhados na peça 153, que contém estudo e pronunciamentos anteriores da secretaria sobre o tema. Nessas manifestações estão desenvolvidas as seguintes premissas, que serão utilizadas no presente exame:

a) ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;

b) 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, para caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta e impor as consequências legais, independentemente de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

c) até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, no processo de controle externo, deve observar o regime Lei 9.873/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito. Assim, sem prejuízo de se realizar o exame da prescrição também segundo o prazo decenal previsto no Código Civil, o critério adotado, na formulação da proposta de encaminhamento, será o da Lei 9.873/1999.

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

10. 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.

10.1. 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.

10.2. Aplicando essas balizas ao caso em exame, verifica-se a não ocorrência da prescrição, conforme os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Entre a data de entrega da prestação de contas: 16/12/2009 (peça 1, p. 64) e a ordem de citação do responsável: 12/4/2017 (peça 24) transcorreram quase 8 anos.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

11. 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:

11.1. A Lei 9.873/1999, art. 1º, parte final, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração de caráter permanente ou continuado. Nesta hipótese, a prescrição começa a correr não da data de cada fato, e sim “do dia em que tiver cessado” a permanência ou a continuidade.

11.2. Na hipótese em exame, tem-se o termo inicial para a contagem da prescrição a data da entrega da prestação de contas: 16/12/2009 (peça 1, p. 64).

b) Prazo:

11.3. 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”. 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.

11.4. 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:

11.5. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (art. 2º, II). Os exemplos típicos, no caso em exame, são os Pareceres Técnicos 194/2010, de 3/3/2010 (peça 1, p. 65-71), 566/2012, de 23/7/2012 (peça 1, p. 73-78), 758/2012, de 24/9/2012 (peça 1, p. 82-87), 359/2013, de 10/4/2013 (peça 1, p. 98-100), 270/2013, de 14/6/2013 (peça 1, p. 103-109), 596/2013, de 10/10/2013 (peça 1, p. 118-125), o Relatório de TCE de 29/4/2016 (peça 1, p. 175-179), os exames técnicos de 18/10/2016, 30/3/2017 e 13/5/2018 (peças 3, 22 e 72). Com esse fundamento, a prescrição foi interrompida em 3/3/2010, 23/7/2012, 24/9/2012, 10/4/2013, 14/6/2013, 10/10/2013, 29/4/2016, 18/10/2016, 30/3/2017 e 13/5/2018 .

d) Interrupções pela citação dos responsáveis:

11.6. 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. No presente caso, a citação do ex-prefeito se deu em 9/5/2017 (peças 26 e 27).

11.7. Cabe destacar, por oportuno, que, caso houvesse 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:

11.8. 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 21/5/2019, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 77). Essa interrupção é relevante, por estabelecer prazo para julgamento do recurso.

f) Da prescrição intercorrente:

11.9. 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”.

11.10. 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.

11.11. 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.

11.12. 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”.

11.13. 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.

11.14. 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).

11.15. No caso, observa-se que o processo não ficou inativo por período superior a três anos.

Conclusão sobre a prescrição

12. A atuação do TCU não se encontra inviabilizada, segundo o regime da Lei 9.873/1999 e os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, para a prescrição da pretensão punitiva e reparatória.

Argumentos recursais

13. A recorrente alega a existência de contradição entre o acórdão embargado, que manteve a irregularidade de suas contas, e o conjunto probatório dos autos, afirmando que:

13.1. O acórdão embargado apontou a ausência do contrato de exclusividade que justificasse a contratação da atração musical por inexigibilidade de licitação, todavia, a regularidade do processo licitatório restou suficientemente provada nos autos, por meio dos documentos juntados em 5/1/2018, sob o protocolo nº 58.642.222-7, que foram novamente acostados ao recurso (peça 130, p. 1-2, 3-41).

13.2. O parecer da Serur foi no sentido de afastar a multa aplicada à recorrente (peça 130, p. 1).

Análise

14. O cerne da questão é verificar se as duas irregularidades remanescentes (contratação de show artístico, sem atender à formalidade legal e licitação de serviço comum por meio de convite, no lugar da modalidade pregão) e não vinculadas ao débito são suficientes para manter o julgamento pela irregularidade das contas da responsável e aplicação de multa.

15. As duas irregularidades foram assim examinadas pela Secex-TO (peça 72, p. 7-9):

Quanto à contratação de show artístico por inexigibilidade de licitação, sem exclusividade [...]

40. A irregularidade apontada, desta feita, caracteriza-se pela necessidade da exigência da apresentação de contrato de exclusividade (em lugar de carta de exclusividade) para a contratação de artista, com base no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, por meio de intermediário ou representante, conforme exigido pelo Acórdão 96/2008 Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, não havendo possibilidade de aceitar a documentação apresentada como prova de regularidade.

41. O mesmo Acórdão estabeleceu os detalhes de aceitação da pretendida exclusividade, inclusive, determinando ao próprio Ministério do Turismo que exigisse e informasse que, quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1992, por meio de intermediários ou representantes, deveria ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Também **ressaltou 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.**

42. Dessa forma, **os documentos apresentados não conferem legalidade à inexigibilidade da contratação efetuada.** [...]

Quanto à contratação baseada em convite [...]

45. De acordo com a jurisprudência desta Corte, tratada, por exemplo, no Acórdão 6504/2017-Segunda Câmara, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, serviços de fornecimento de infraestrutura para a realização de shows devem ser contratados mediante licitação na modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, pois são serviços de natureza comum, passíveis de serem prestados por diversas e diferentes empresas, uma vez que se baseiam em especificações e padrões conhecidos e usuais de mercado.

46. A impropriedade é verificada em decorrência do descumprimento do art. 4º do Decreto 5.450/2005, que regulamentou a Lei 10.520/2002, constando essa obrigação da Cláusula Terceira, item II, parágrafo único (peça 1, p. 42) do Termo de Convênio, que torna a utilização do pregão um quesito obrigatório para a aquisição de bens e serviços comuns. [destaques acrescidos]

16. O membro do Ministério Público junto ao TCU ratificou, por duas vezes, o entendimento da unidade técnica, nos seguintes termos (peça 75, p. 2 e peça 111, p. 1-2):

12. As demais irregularidades elencadas na citação consistem em falhas nos procedimentos licitatórios, incluindo ausência de contrato de exclusividade que justifique a contratação da atração musical por inexigibilidade de licitação. Tais ocorrências, apesar de consistirem em irregularidades, são insuficientes para a imputação de débito à responsável, motivo pelo qual anuo à proposta da unidade técnica de afastá-lo.

[...]

14. Especificamente no que se refere à contratação de atração artística por inexigibilidade, ela se deu com base apenas em carta de exclusividade para o dia e local do evento (peça 48, p. 1), como já mencionado. Compulsando os autos, **verifico que as cartas de exclusividade apresentadas à época da contratação não estabelecem obrigações e deveres, poderes e direitos de representação, tampouco estão registradas em cartório. Não preenchem, portanto, os requisitos fixados pelo Acórdão 1.435/2017-TCU-Plenário, que apreciou consulta sobre o tema formulada pelo Ministério do Turismo, não sendo possível considerar a falha apenas ressalva nas contas do gestor.**

15. Assim, entendo que, neste caso concreto, **os documentos apresentados pela gestora não se revestem das formalidades exigidas para caracterizar a inviabilidade de competição, configurando prática de ato de gestão com infração à norma legal, o que enseja o julgamento pela irregularidade das contas do ex-prefeito com fundamento no art. 16, inciso III, b da Lei 8.443/1992, bem como a aplicação da multa prevista no art. 58, incisos I e II da mesma lei.** [destaques acrescidos]

17. No exame de mérito do recurso de reconsideração, esta Serur reforçou o entendimento de que remanesciam tais irregularidades (peça 109, p. 14):

19.1. Embora não subsistam fundamentos consistentes para condenar a recorrente ao ressarcimento, **remanescem atos discrepantes das normas exigíveis que justificam a irregularidade destas contas especiais** (pagamento de despesas incorridas fora da vigência do convênio; **falta de apresentação de contrato de exclusividade dos artistas contratados por inexigibilidade de licitação; e utilização indevida da modalidade licitatória de convite, quando a utilização do pregão seria quesito obrigatório para a aquisição de bens e serviços comuns.** Sem perder de vista o contexto em que se deram os fatos (intempestividade na formalização do ajuste e liberação dos recursos devidos ao próprio MTur), **é de se reconhecer que as falhas arranham as Leis 10.520/2002, a Instrução Normativa-STN 1/1997 e o próprio Termo de Convênio,** conforme defendido pela unidade técnica de origem e pelo MP/TCU (instrução à peça 72 e parecer à peça 75, respectivamente). [destaques acrescidos]

18. O Ministro-Relator do acórdão atacado confirmou os pareceres anteriores, nos seguintes termos (peça 113, p. 9):

28. Por outro lado, como **não foram trazidas aos autos justificativas aceitáveis para as irregularidades remanescentes, cabe manter o juízo de mérito pela irregularidade das contas, desta feita com a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da LO/TCU conforme propõe o MP/TCU.** Em relação a dosimetria da penalidade pecuniária, cabe reduzir o valor da multa para patamares mais pedagógicos, vez que o objetivo final da avença foi atingido. Cabe, pois, dar provimento parcial ao Recurso de Reconsideração para afastar o débito e imputar a multa prevista no art. 58, inciso II da LO/TCU. [destaque acrescido]

19. Não merece prosperar a alegação da recorrente de que os elementos dos autos comprovam a plena regularidade dos processos licitatórios.

20. Isto porque a responsável não apresentou o contrato de exclusividade de representação da Banda Timbalada – como determina o art. 25, inciso III da Lei 8.666/1993 - com a empresa intermediária V3 Entretenimento, Locações e Turismo Ltda., CNPJ 10.870.381/0001-13, a qual celebrou contrato com o ente municipal (peça 70; peça 66, p. 2 e 5; peça 59; e peça 130, p. 4).

21. Consta nos autos apenas a declaração da empresa Fênix Produções Artísticas Ltda. (CNPJ 00.542.579/0001-14), que, a princípio, era representante exclusiva da Banda Timbalada, atribuindo à empresa V3 Entretenimento, Locações e Turismo Ltda. a representação da atração musical limitada ao dia 26/7/2009 à localidade de Peixe-TO (peça 31, p. 13; peça 48, p. 1; peça 49 e peça 130, p. 3).

22. Observe que a declaração de exclusividade não estabelece com clareza e precisão obrigações e deveres, poderes e direitos de representação da banda Timbalada à empresa V3 Entretenimento, Locações e Turismo Ltda. Ou seja, não se trata do contrato de exclusividade, documento essencial que caracteriza a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, mas de simples contratação de intermediária, a qual não é admitida como forma de demonstrar o vínculo direto e privativo com o artista, definido em Lei.

23. Reforçam a conclusão de que a empresa V3 Entretenimento, Locações e Turismo Ltda. não era a representante exclusiva da banda Timbalada a apresentação de grande quantidade de informações do vínculo existente entre a empresa Fênix e banda Timbalada, contida à peça 130, p. 7-10 e à peça 51. Aliado a isto, as declarações de recebimento de valor das empresas Fênix e V3 Entretenimento, contidas às peças 31, p. 14; peça 48, p. 2-3; peça 50 e peça 130, p. 4-6, indicam que a empresa V3 Entretenimento foi uma mera intermediária.

24. Há diversas decisões do Tribunal assentadas no sentido de que na contratação de artistas por inexigibilidade de licitação, a apresentação de atestado de exclusividade restrito aos dias e à localidade do evento, em vez do contrato de exclusividade entre o artista e o empresário contratado, caracteriza grave infração à norma legal e regulamentar (Acórdãos 5180/2020 e 4714/2018-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Marcos Bemquerer; Acórdãos 2020/2018 e 5288/2019-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Aroldo Cedraz; Acórdãos 5871/2016 e 374/2017-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Bruno Dantas; e Acórdão 8731/2017-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Min. José Mucio Monteiro):

Na contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade de licitação, a apresentação de atestado de exclusividade restrito aos dias e à localidade do evento, em vez do contrato de exclusividade entre o artista e o empresário contratado, caracteriza grave infração à norma legal e regulamentar, ensejando, ainda que não configurado dano ao erário, **condenação em multa e julgamento pela irregularidade das contas**, haja vista que o contrato de exclusividade é imprescindível para caracterizar a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993.

25. A outra irregularidade não justificada pela ex-prefeita foi a contratação de serviços de infraestrutura dos shows (palco, iluminação, camarim e som), efetuada por meio de convite e não por pregão (modalidade obrigatória e de preferência eletrônico), conforme demonstram as cartas-convites 58/2009, 59/2009 e 60/2009 (peça 130, p. 12-41), a relação de pagamentos (peça 11, p. 18) e as notas fiscais (peça 11, p. 34, 42, 38, 46 e 48). O uso da modalidade convite contrariou o art. 4º do Decreto 5.450/2005 (que regulamentou a Lei 10.520/2002) e a cláusula terceira, item II, alínea “h”, do termo de convênio e parágrafo único (peça 1, p. 40 e 42).

26. Os serviços de natureza comum podem ser prestados por diversas e diferentes empresas, uma vez que se baseiam em especificações e padrões conhecidos e usuais de mercado. Assim, a escolha de outra modalidade diferente do pregão deveria ter sido devidamente justificada, o que não ocorreu.

27. Entende-se, desse modo, que as irregularidades remanescentes conduziram a um juízo de reprovação das contas da ex-prefeita a ponto de apená-la com multa no Acórdão 7136/2020-TCU-2ª Câmara.
28. Portanto, não procede a alegação da existência de contradição no acórdão embargado.
29. Enfatiza-se que a proposta da Serur à peça 109, p. 15, acolhida pelo Tribunal, foi de afastar a multa decorrente do débito, amparada no art. 57 da Lei 8.443/1992.
30. A multa aplicada ao recorrente no Acórdão 7136/2020-TCU-2ª Câmara se refere às irregularidades remanescentes, pois, é cabível, em grau de recurso, modificar o fundamento legal da multa, do art. 57 para o art. 58 da Lei 8.443/1992, quando o recorrente consegue afastar o débito, mas subsiste a prática de ato de gestão ilegítimo e contrário à norma (vide Acórdãos 2156/2019-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, e 2084/2012-TCU-Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro).
31. Neste caso, o mérito do julgamento pela irregularidade das contas foi mantido, alterando-se apenas o fundamento, que passou a ser o art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/1992.

CONCLUSÃO

32. A atuação do TCU não se encontra inviabilizada, segundo o regime da Lei 9.873/1999 e os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, para a prescrição da pretensão punitiva e reparatória.
33. Não houve a caracterização da contradição alegada pela recorrente. Os elementos dos autos demonstram que remanescem duas irregularidades injustificadas que ensejaram o julgamento pela irregularidade das contas da responsável com aplicação de multa.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

34. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a análise dos embargos de declaração opostos por Neila Pereira dos Santos contra o Acórdão 7136/2020-TCU-2ª Câmara, propondo-se, com fundamento no artigo 34, da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer os embargos de declaração para, no mérito, negar-lhe provimento.
- b) dar ciência às partes, à Procuradoria da República no Estado de Tocantins, aos órgãos/entidades interessados, bem como aos demais cientificados do acórdão recorrido.

Secretaria de Recursos/4ª Diretoria, em 10 de junho de 2021.

(assinado eletronicamente)

Marcelo Takeshi
AUFC – Mat. 6532-3