

VOTO

Conforme consignado no Relatório precedente, trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Ailton Nascimento (peça 113) em face do Acórdão 2.140/2021-TCU-2ª Câmara (peça 101), mediante o qual este Tribunal de Contas da União (TCU), sob minha relatoria, decidiu conhecer e negar provimento a Recurso de Reconsideração interposto pelo ora embargante contra o Acórdão 1.483/2020 proferido por este mesmo Colegiado sob a relatoria do Ministro André Luís de Carvalho (peça 55).

2. Naquela fase recursal, foram mantidos, nos exatos termos da mencionada deliberação de 2020, o julgamento pela irregularidade das contas do Sr. Ailton Nascimento, assim como o débito de R\$ 100.000,00 – em valores originais que reportam a 2/7/2010 – e a multa de R\$ 40.000,00 que lhe haviam sido imputados.

3. Tal desfecho processual teve como causa a impugnação das despesas realizadas pelo Município de São Francisco-SE, sob a gestão do ora embargante, com recursos públicos federais afetos ao Convênio registrado no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (Siconv) sob o número 734941/2010 (peça 6) e firmado entre aquela edilidade e o Ministério do Turismo (MTur) com o objetivo de apoiar financeiramente, a título de incentivo ao turismo, a realização do evento intitulado “São Francisco Fest 2010”.

4. Feito esse breve resumo do andamento processual destes autos, passo a me debruçar sobre os Embargos de Declaração em tela, os quais merecem ser conhecidos, haja vista encontrarem-se preenchidos os requisitos de admissibilidade constantes do art. 34 da Lei 8.443, de 16/7/1992, combinado com o art. 287 do Regimento Interno deste Tribunal.

5. Quanto ao mérito, com as devidas vênias por dissentir do embargante, não vislumbro qualquer dos vícios por ele suscitados nesta etapa recursal, à exceção de uma das omissões que alega ter havido, à qual me dedicarei mais adiante reconhecendo-a, sem atribuir aos Declaratórios, contudo, qualquer efeito infringente.

6. Em relação às primeiras linhas argumentativas apresentadas, por meio delas são apontadas supostas omissões do julgado quanto (i) à existência de várias peças processuais que identificariam onexo causal entre as despesas realizadas pelo Município de São Francisco-SE e os recursos do Convênio Siconv 734941/2010 (peça 113, p. 3-4) e (ii) ao desfecho processual adotado por esta Corte quando da prolação do Acórdão 5.069/2016-TCU-1ª Câmara (peça 113, p. 4-5).

7. Tais argumentos caracterizam, na verdade, mera tentativa de rediscussão de mérito, eis que ambos foram devidamente enfrentados pelo Tribunal quando da prolação do Acórdão 2.140/2021-TCU-2ª Câmara, conforme se depreende dos seguintes excertos:

Instrução de peça 95, transcrita no Relatório da deliberação embargada:

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

oo) apresentar na prestação de contas, quando da contratação de artistas, consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, atualizada, por meio de intermediários ou representantes, cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório, sob pena de glosa dos valores envolvidos. Ressalta-se que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento, conforme dispõe o Acórdão nº 96/2008 - Plenário do TCU;

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

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

13.7 Tal autorização apenas confere a determinado empresário – ou sociedade empresária – o direito de representar artistas ou bandas, de forma exclusiva, em eventos específicos para os quais são convidados. Não se presta, portanto, a garantir ao agenciador ampla e irrestrita representação, com direito de exclusividade, para todos os eventos em que aqueles profissionais do setor artístico venham a se apresentar.

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

13.9 Diferentemente das contas julgadas regulares com ressalvas mediante o Acórdão 5.069/2016-TCU-1ª Câmara (peça 79), apontadas como paradigma pelo recorrente, nas presentes contas não restou comprovada a realização do evento objeto do convênio, conforme concluiu a Nota Técnica de Análise 158/2013 e de respectivo despacho (peças 21, p. 2, e 26). Ademais, não foi demonstrado o nexo de causalidade entre a verba conveniada e as despesas efetuadas. Assim, não se trata de hipótese semelhante, razão pela qual as presentes contas não merecem mesmo julgamento.

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

13.11 Relativamente ao pagamento das atrações artísticas, o termo de convênio explicitamente determinou que deveria compor a respectiva prestação de contas, entre outros elementos, documento comprobatório do efetivo recebimento do cachê por parte dos artistas, e/ou bandas, e/ou grupo, emitido pelo contratante dos mesmos, conforme Cláusula Terceira – Das Obrigações dos Partícipes, item II, alínea pp. A apresentação do referido documento é imprescindível para comprovar a regular aplicação dos recursos, medida não adotada pelo recorrente.” (peça 95, p. 7-8)

Voto condutor do Acórdão 2.140/2021-TCU-2ª Câmara:

“7. No que tange ao mérito, manifesto-me, desde já, de acordo com os pareceres precedentes (peças 95 a 97) e incorporo às minhas razões de decidir o exame empreendido pela Serur em sua derradeira instrução (peça 95).

8. Com efeito, as falhas apontadas pelo MTur quando dos pronunciamentos técnico (peça 21) e financeiro (peça 27) da prestação de contas do Convênio Siconv 734941/2010, quando analisadas em conjunto, amparam devidamente a conclusão daquele tomador de contas no sentido da impugnação integral das despesas afetas à referida avença.

9. Ressalte-se que a ‘comprovação, por meio de fotografia, jornal, vídeo, cd’s, dvd’s, entre outros, de cada meta/etapa especificada no Plano de Trabalho aprovado’ estava expressamente prevista no termo de convênio, mais precisamente em sua Cláusula Décima Segunda, Parágrafo Segundo, alínea ‘f’ (peça 6, p. 14), não havendo como o Sr. Ailton Nascimento esquivar-se de bem cumprir essa exigência atinente à prestação de contas.

10. Ademais, o recorrente não cuidou de suprir essa falha documental na presente etapa do processo, a exemplo do que fez em relação à declaração emitida por autoridade local distinta do próprio prefeito signatário do convênio atestando a execução do objeto pactuado (peça 76, p. 2).

11. Nessas circunstâncias, considerando as demais falhas apontadas pelo MTur como causa para a reprovação da prestação de contas do Convênio Siconv 734941/2010, todas ratificadas pela Serur a despeito dos argumentos e documentação apresentados pelo Sr. Ailton Nascimento às peças 71 a 79, não há como desconstituir o débito imputado a esse ex-prefeito pelo Acórdão 1.483/2020-TCU-2ª Câmara.

12. Permito-me, ainda, tecer breves comentários sobre a explícita e injustificada inobservância à seguinte exigência constante do Termo de Convênio Siconv 734941/2010:

‘CLÁUSULA TERCEIRA – DAS OBRIGAÇÕES DOS PARTICIPES

(...)

II. Compete ao CONVENENTE:

(...)

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

13. Certamente não se trata de falha meramente formal como parece crer o recorrente, mas de obrigação imposta pelo MTur em convênios da espécie, após reiteradas provocações deste Tribunal de Contas, com o objetivo de dar fim a um sem número de TCEs que vinham sendo instauradas pela referida pasta ministerial em decorrência, basicamente, de uma mesma ilicitude, qual seja, a contratação irregular de agentes intermediários, mediante inexigibilidade de licitação, para a realização de apresentações artísticas em diversos municípios brasileiros, sem que esses intermediários se enquadrassem como empresários exclusivos para fins do que dispõe o art. 25, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e sem que se tivesse a certeza de que os recursos públicos destinados a esse tipo de evento estariam sendo gastos de acordo com os preços efetivamente praticados pelos respectivos artistas no mercado regional ou nacional.

14. Seguindo a linha de entendimento por mim recentemente adotada ao relatar outro processo especial de contas semelhante a este TC 035.253/2017-7 – qual seja, o TC 035.522/2017-8, em que foi proferido o Acórdão 22/2021-TCU-2ª Câmara –, deixo consignado que o dano associado à inobservância dessa relevante regra pactuada (Cláusula Terceira, inciso II, alínea ‘pp’, do Termo de Convênio Siconv 734941/2010) até poderia ser descaracterizado mediante realização de pesquisa na base de dados do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e da Receita Federal do Brasil, a exemplo do que fiz naquele TC 035.522/2017-8.

15. Ocorre que na presente TCE o conjunto de falhas apontadas em relação à prestação de contas do convênio em tela torna a mencionada pesquisa insuficiente, por si só, para, a depender do resultado, elidir o débito atribuído nestes autos ao Sr. Ailton Nascimento, razão pela qual me abstenho de requer à minha assessoria que a realize.”

8. Depreende-se desses excertos de fundamentação a absoluta improcedência dos argumentos apresentados em sede de Embargos no sentido de que este Tribunal de Contas teria sido omissivo quanto (i) às várias peças processuais que identificam o nexos causal entre as despesas realizadas pelo Município de São Francisco-SE e os recursos do Convênio Siconv 734941/2010 e (ii) ao desfecho processual adotado quando da prolação do Acórdão 5.069/2016-TCU-1ª Câmara.

9. Importa frisar que o exame empreendido pela Serur na instrução de peça 95, parcialmente colacionada acima, foi incorporado de maneira explícita como minhas próprias razões de decidir, conforme se depreende do item 7 do Voto condutor do Acórdão 2.140/2021-TCU-2ª Câmara (peça 102, p. 2).

10. De igual forma improcedente o argumento de que teria havido omissão e obscuridade por parte do TCU ao analisar a alegação de que o valor da multa aplicada ao Sr. Ailton Nascimento não estaria em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (peça 113, p. 5-6).

11. No entendimento do Sr. Ailton Nascimento, sendo de R\$ 100.000,00 o valor do débito que lhe foi imputado pelo Acórdão 2.140/2021-TCU-2ª Câmara, a multa arbitrada em R\$ 40.000,00 por essa mesma decisão corresponderia a 40% daquele valor, e não a 23,2% conforme suscitado pelo auditor federal de controle externo encarregado de instruir o feito no âmbito da Serur (peça 95, p. 13, subitem 17.4).

12. Ainda segundo o embargante, “se o débito foi corrigido, a multa também efetivamente deveria ser corrigida, o que alcançaria um percentual mais avultoso, o que [teria sido] desprezado pelo Tribunal de Contas da União” (peça 113, p. 6).

13. Quanto a esse ponto, convém esclarecer ao recorrente que, diferentemente do débito – cujo termo *a quo* para fins de atualização monetária corresponde à 2/7/2010, dia em que foram repassados os recursos públicos federais ao Município de São Francisco-SE –, a multa somente foi aplicada em 10/3/2020, ao ser proferida a deliberação condenatória, no caso o Acórdão 1.483/2020-TCU-2ª Câmara (peça 55).

14. Eis a razão pela qual na instrução da Serur (peça 95) comparou-se o montante do débito atualizado entre 2/7/2010 e 10/3/2020 e o valor da multa aplicada nesta última data, devendo ser ratificados, destarte, os 23,2% mencionados na referida instrução técnica como sendo a razão entre a apenação e o dano apurado nos autos.

15. Rejeito, portanto, a infundada linha de defesa na qual se cogita a ocorrência de omissão e obscuridade por parte do TCU ao analisar, em sede de Recurso de Reconsideração, o argumento de que o valor da multa aplicada ao Sr. Ailton Nascimento não estaria em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

16. Em uma de suas últimas alegações (peça 113, p. 6-7), o Sr. Ailton Nascimento argumenta que teria havido inobservância dos termos da Cláusula Décima Sexta do Convênio Siconv 734941/2010, que assim dispõe:

“CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA - DA GLOSA DAS DESPESAS

É vedada a utilização dos recursos repassados pelo CONCEDENTE e os da contrapartida oferecida, em finalidade diversa da estabelecida no Plano de Trabalho aprovado, devendo o Convênio ser executado em estrita observância às suas Cláusulas e às normas pertinentes, inclusive da Portaria Interministerial n2127/2008, atualizada, sendo vedado:

I - realizar despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar;

II - pagar, a qualquer título, servidor ou empregado público, integrante de quadro de pessoal de órgão ou entidade pública da administração direta ou indireta, por serviços de consultoria ou assistência técnica, salvo nas hipóteses previstas em leis específicas e na Lei de Diretrizes Orçamentárias;

III - alterar o objeto do Convênio, exceto no caso de ampliação da execução do objeto pactuado ou para redução ou exclusão de meta, sem prejuízo da funcionalidade do objeto contratado;

IV - utilizar, ainda que em caráter emergencial, os recursos para finalidade diversa da estabelecida no instrumento;

V - realizar despesa em data anterior à vigência do instrumento;

VI - efetuar pagamento em data posterior à vigência deste Instrumento, salvo se expressamente autorizada pela autoridade competente do CONCEDENTE e desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência deste Instrumento;

VII - realizar despesas com taxas bancárias, multas, juros ou correção monetária, inclusive referentes a pagamentos ou recolhimentos fora dos prazos, exceto, no que se refere às multas, se decorrentes de atraso na transferência de recursos pelo concedente, e desde que os prazos para pagamento e os percentuais sejam os mesmos aplicados no mercado;

VIII - transferir recursos para clubes, associações de servidores ou quaisquer entidades congêneres, exceto para creches e escolas para o atendimento pré-escolar; e

IX - realizar despesas com publicidade, salvo a de caráter educativo, informativo ou de orientação social, da qual não constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal e desde que previstas no Plano de Trabalho.” (peça 6, p. 16)

17. Trata-se de inovação argumental, eis que nada parecido foi arguido em sede de Recurso de Reconsideração.

18. Nessas circunstâncias, segundo pacífica jurisprudência pátria, sequer caberia enfrentar o argumento, haja vista a via estreita dos embargos.

19. Nesse sentido, cito os Acórdãos 2.391/2019, 2.928/2019, 2.690/2019, 2.170/2019, 2.909/2017, 2.608/2017 e 2.367/2017 proferidos pelo Plenário desta Corte de Contas, este último de minha relatoria e os demais relatados pelos Ministros Augusto Nardes, Benjamin Zymler, Ana Arraes, Raimundo Carreiro, André Luís de Carvalho e Augusto Sherman Cavalcanti, respectivamente, podendo ser mencionados também alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal, quais sejam, ACO 1062 AgR-ED-ED/DF de 20/4/2017, Inq 3983 ED/DF de 2/6/2016 e ACO 312 ED/BA de 7/10/2015, todos de Plenário, relatores os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki e Luiz Fux.

20. De todo modo, permito-me, em poucas linhas, esclarecer ao embargante que, sob a ótica dos termos e condições por ele pactuados no bojo do Convênio Siconv 734941/2010, a condenação em débito havida na presente TCE está amparada, não na Cláusula Décima Sexta da aludida avença, mas em suas Cláusulas Terceira, inciso II, alíneas “oo” e “pp”, Décima, inciso III, e Décima Segunda, parágrafo sexto, *in verbis*:

“CLÁUSULA TERCEIRA - DAS OBRIGAÇÕES DOS PARTICÍPES

(...)

II. Compete ao CONVENENTE:

(...)

oo) apresentar na prestação de contas, quando da contratação de artistas, consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, atualizada, por meio de intermediários ou representantes, cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório, sob pena de glosa dos valores envolvidos. Ressalta-se que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento, conforme dispõe o Acórdão nº 96/2008 - Plenário do TCU;

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

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA - DA RESTITUIÇÃO DOS RECURSOS

Quando da conclusão do objeto pactuado, da denúncia, rescisão ou extinção deste Instrumento, o CONVENENTE, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, contados da data

da notificação, sob pena de imediata instauração de Tomada de Contas Especial do responsável, é abrigado a recolher à CONTA ÚNICA DO TESOUREO NACIONAL, mantida no Banco do Brasil S.A., em nome do Ministério do Turismo, com a utilização de Guia de Recolhimento à União, solicitada ao CONCEDENTE com a menção do número do Código Identificador de que trata a alínea 'y', do item II, da Cláusula Terceira - Das Obrigações dos Partícipes, o que se segue:

(...)

III – o valor correspondente às despesas comprovadas com documentos inidôneos ou impugnados, atualizado monetariamente e acrescido de juros legais;

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – [DA PRESTAÇÃO DE CONTAS]

(...)

PARÁGRAFO SEXTO. Caso a prestação de contas não seja aprovada, exauridas todas as providências cabíveis para regularização da pendência ou reparação do dano, a autoridade competente, sob pena de responsabilização solidária, registrará o fato no SICONV e adotará as providências necessárias à instauração da Tomada de Contas Especial, com posterior encaminhamento do processo à unidade setorial de contabilidade a que estiver jurisdicionado para os devidos registros de sua competência.” (peça 6)

21. Por fim, em relação ao derradeiro ponto suscitado pelo embargante, creio que lhe assiste razão ao arguir a ocorrência de omissão no Acórdão 2.140/2021-TCU-2ª Câmara em relação à tese de defesa ventilada em sede de Recurso de Reconsideração relativamente aos R\$ 5.250,00 cobrados a título de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) e retidos pelo Município de São Francisco-SE.

22. Passo, então, a suprir essa omissão, enfrentando a alegação apresentada na fase recursal anterior (peça 71, p. 14-15) no sentido de que deveriam ser ressarcidos pelo Município de São Francisco-SE, e não pelo Sr. Ailton Nascimento, os R\$ 5.250,00 que, tendo sido descontados do pagamento feito à empresa contratada no bojo do Convênio Siconv 734941/2010, foram creditados em favor do Município de São Francisco-SE por se referirem a imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN).

23. Sem razão o ex-prefeito, pois é ele o responsável direto pela não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos federais objeto desta TCE, não estando este Tribunal obrigado a também responsabilizar terceiros eventualmente beneficiados com a má aplicação desses recursos, a exemplo do que parece ter ocorrido com o Município de São Francisco-SE e a empresa contratada para realização do projeto intitulado “São Francisco Fest 2010”.

24. Em respaldo a esse entendimento, permito-me ressaltar que, de acordo com a jurisprudência amplamente majoritária desta Corte, a ausência de citação de outros responsáveis solidários pelo dano ao erário não obsta o andamento regular do processo de tomada de contas especial, tendo em vista que o instituto da solidariedade passiva constitui benefício exclusivo do credor. Nessa linha são os Acórdãos 203/2022 e 2.930/2021 de Plenário, 51/2022 e 18.817/2021 de 2ª Câmara, 11.462/2021 e 2.334/2020 de 1ª Câmara, relatados respectivamente pelos Ministros Jorge Oliveira, Bruno Dantas, André Luís de Carvalho, Marcos Bemquerer Costa, Vital do Rêgo e Benjamin Zymler.

25. Destarte, ao tempo que reconheço a ocorrência de omissão no Acórdão 2.140/2021-TCU-2ª Câmara em relação à tese de defesa ventilada em sede de Recurso de Reconsideração relativamente aos R\$ 5.250,00 cobrados a título de ISSQN e retidos pelo Município de São Francisco-SE, rejeito o argumento de que esses R\$ 5.250,00 deveriam ser ressarcidos, não pelo Sr. Ailton Nascimento, mas pela aludida edilidade.

26. Diante disso, inobstante o reconhecimento da omissão ora em comento, ratifico e reforço os fundamentos outrora adotados em respaldo ao Acórdão 2.140/2021-TCU-2ª Câmara, que deve ser mantido em seus exatos termos.

Ante o exposto, VOTO pela adoção da minuta de acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 29 de março de 2022.

AROLDO CEDRAZ
Relator