

VOTO

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pela Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e pelo Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, presidente da ASBT, contra o Acórdão 7.629/2021-1ª Câmara, relatado pelo eminente Ministro Weder de Oliveira.

2. O julgado foi prolatado no âmbito de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria Executiva do Ministério do Turismo (MTur), em razão da impugnação total das despesas realizadas com os recursos do Convênio MTur 113/2010 (Siafi/Siconv 732314), celebrado entre o Ministério do Turismo com essa associação em 15/4/2010, e que teve por objeto o incentivo ao turismo por meio do apoio ao projeto intitulado “*Santana Folia*”, realizado no município de Santana do São Francisco/SE.

3. Mediante a decisão atacada, os recorrentes tiveram suas contas julgadas irregulares, com imputação de um débito no valor de R\$ 51.327,00 solidariamente com a revel empresa Alberto Gomes Canuto-ME (intermediária na contratação de apresentações artísticas). Também lhes foi imputada uma multa de R\$ 45.000,00, relativa ao art. 57 da Lei 8.443/1992.

4. As citações objeto do corrente processo decorreram do seguinte:

“Irregularidade: não comprovação de que os artistas/bandas foram contratados por preços de mercado, exigência contida no item “m” da parte II da cláusula terceira e da cláusula oitava do convênio MTur/ASBT 732314/2009, e no art. 45 e 46, II, da Portaria Interministerial 127/2008, bem como pela existência de evidências de superfaturamento, correspondente à diferença entre os valores pagos às empresas que se apresentaram como representantes exclusivos e os valores recebidos pelos artistas/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.” (grifou-se)

5. O valor do débito seguiu como base na diferença entre o valor informado do cachê e o montante efetivamente pago, tomado como parâmetro de mercado, em face da ausência de comprovação de justeza da quantia pactuada (peça 65, fl. 2):

BANDAS	VALOR INFORMADO DO CACHÊ (R\$)		DIFERENÇA DE CACHÊ (R\$)
	PELA ASBT	PELO REPRESENTANTE DA BANDA	
Banda Sambacana	20.000,00	14.000,00	6.000,00
Banda karisma	50.000,00	35.000,00	15.000,00
Banda Estação do Axé	20.000,00	15.200,00*	4.800,00
Banda Nairê	50.000,00	35.000,00	15.000,00
Banda Ciganos do Arrocha	20.000,00	14.000,00	6.000,00
TOTAL (GERAL)	180.000,00	113.200,00	46.800,00
DÉBITO	(Considerando 95,69% de aportes da União)		44.928,00

6. Aos R\$ 44.928,00 **supra** foram somados R\$ 6.399,00 respectivos à estimativa do valor de mercado para a contratação da banda Richardson, não constante da tabela (95,69% de aportes federais, sobre R\$ 6.666,66, obtidos a partir do valor comprovadamente pago ao conjunto musical de R\$ 20.000,00, mas considerando os estudos da CGU demonstrando que o percentual de superfaturamento

estimado no conjunto de 229 contratos em que houve intermediação na contratação de bandas é, sintomaticamente, equivalente a 33,33% do valor conveniado/contratado – vide itens 22 a 34 do voto condutor da sentença condenatória).

7. Nestes recursos de reconsideração, tempestivamente apresentados, a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e o seu presidente, o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, ingressam, em resumo, com as seguintes razões recursais:

- as condutas imputadas aos recorrentes estariam prescritas;
- o TCU seria incompetente para avaliar relações concernentes aos valores reais praticados pelo conveniente com eventual intermediário na contratação dos **shows**, posto se tratar de relação eminentemente privada;
- não teria se consubstanciado dolo ou erro grosseiro;
- não haveria se considerado a boa-fé e o princípio da verdade material;
- os valores para a contratação das atrações musicais teriam sido justos.

8. Avalio cada argumento de forma específica.

II – Da prescrição

9. Tomando por base os critérios estabelecidos pela Resolução nº 344/2022, a Serur elencou os seguintes marcos temporais:

“O prazo de prescrição começou a correr em 10/09/2010, data da prestação de contas ao órgão concedente (art. 4º, inc. II, da Resolução – TCU 344/2022), como evidencia o documento de peça 1, p. 80.

5.3. A prescrição foi interrompida nas seguintes datas, por causas interruptivas elencadas no art. 5º da citada resolução:

em 15/3/2012, Nota Técnica de Reanálise 0193/2012 (peça 1, p. 100-101);

entre 13/8/2012 e 31/1/2014, Relatório de Demandas Externas 00224.001217/2012-54 (peça 1, p. 102-165);

em 15/09/2014, Nota Técnica de Análise Financeira 524/2014 (peça 1, p. 169-173);

em 13/05/2015, Relatório de TCE 270/2015 (peça 1, p. 193-197)

em 12/11/2015, Ofício 1794/2015/AECI/MTur – encaminhamento da TCE ao TCU (peça 1, p. 1);

em 10/06/2016, instrução processual no âmbito do TCU propondo citação (peça 5);

em 31/05/2017 Despacho de autoridade determinando diligência (peça 21);

em 10/12/2019, citação dos responsáveis (peças 49-52);

em 04/05/2021, sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 63).”

10. Não se identificou, portanto, a consumação da prescrição quinquenal ou intercorrente, no que resta negar o pleito recursal.

III – Da competência do TCU

11. Sobre a alegada incompetência desta Corte, a apreciação desta TCE e o cálculo do débito respectivo provêm dos arts. 70, parágrafo único, e 71 da Constituição Federal. Dado o prejuízo aos cofres federais, consubstanciado pelas contratações das atrações musicais com valores acima dos de mercado, resta julgar as contas irregulares com a responsabilização daqueles que deram causa a tal ato antieconômico, de forma proporcional ao custeio da União ao evento conveniado.

12. O parâmetro para o cômputo do superfaturamento, tendo em vista a absoluta ausência de justificativas para o valor justo repassado, foi tomado à base do art. 210, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal, com apuração mediante “*estimativa, quando, por meios confiáveis, apurar se quantia seguramente não excederia o real valor devido*”. Como método estimativo, seguiram-se tanto os valores comprovadamente repassados às bandas, como os estudos da CGU em seu Relatório de Demandas Externas RDE 00224.001217/2012-54.

13. Quer se dizer que não se vedou, por si só, o valor realmente pago às bandas, adentrando na relação privada entre o conveniente e a empresa intermediária, mas, haja vista a absoluta referência de valores anteriormente pagos nas contratações dos shows por inexigibilidade, utilizou-se de tal critério como meio processual de prova para aferição do valor justo a ser pago. Poderiam os recorrentes acostar elementos, em presunção **juris tantum**, de contratos anteriores refutando tal premissa, mas assim não o fizeram.

14. Nessa lógica, acolhendo ainda os argumentos produzidos pelo relatório técnico antecessor, tem-se por negar provimento a tal razão de recurso.

IV – Da suposta ausência de dolo ou erro grosseiro

15. Sobre o assunto, rememore-se que a existência de dolo não é pré-requisito para a condenação de responsáveis em débito ou em multa nos processos desta Corte, bastando, unicamente, a consubstanciação de conduta omissiva ou comissiva, em delimitação de culpa, com nexo causal com a ilicitude apurada.

16. No caso presente, tanto se constatou culpa grave na ausência de demonstrativos e contratações com o preço de mercado, quanto, mais ainda, acostaram-se elementos probatórios, em verdade real, dando conta de que os valores efetivamente pagos aos artistas foram relevantemente inferiores aos declarados no termo de convênio e respectivas prestações de contas.

17. Tais imputações demonstram, no mínimo, uma omissão grave de um dever de cuidado e diligência dos gestores que tiveram suas condutas associadas a tal evento, com gravíssima consequência nociva à economicidade e moralidade na gestão do dinheiro público. Tal avaliação de erro grave em negócios congêneres, nos moldes do art. 28 da LINDB, tem sido reiteradamente vedada pelo TCU, como nos Acórdãos 3.916/2022-Plenário (relator Ministro Marcos Bemquerer), 1.689/2019-Plenário (relator Ministro Augusto Nardes), 2.924/2018-Plenário (relator Ministro José Mucio) e 2.391/2018-Plenário, de minha relatoria.

18. Sobre o débito propriamente dito, relembre-se que a Constituição Federal, no caso de danos que seus agentes causem a terceiros, alude peremptoriamente à necessidade da respectiva responsabilização, permitindo, inclusive, o exercício do direito de regresso nos casos em que se identifique dolo ou culpa, sem aludir a qualquer nível de culpabilidade:

“Art. 37 (...)”

§ 6º *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*”

19. Ausente, pois, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, a demonstração da regularidade na aplicação dos recursos repassados por meio do convênio em análise, deve-se negar provimento desse argumento trazido pelo Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, na qualidade de presidente da ASBT, e a respectiva associação, nos termos e argumentos sugeridos pela Serur.

V – Da existência de boa-fé e do princípio da verdade material

20. De início, entende-se que o princípio da verdade material – seguidas vezes buscado pelo Tribunal, neste julgamento – depõe contra os responsáveis, e não o contrário. Afinal, os valores efetivamente pagos aos artistas foram relevantemente destoantes ao declarado, e tal prática era recorrente, como apontado pela CGU em seu relatório (peça 1, fls. 103 e 104, em análise de 72 convênios):

“Das 349 apresentações artísticas analisadas, ocorreram intermediações na contratação de atrações musicais em 229. Em 105 apresentações artísticas, os representantes/artistas musicais não apresentaram respostas. Em apenas 15 apresentações artísticas os valores informados pelas bandas/artistas musicais foram iguais aos informados nas prestações de contas apresentadas pela ASBT ao Ministério do Turismo. O Quadro 1, a seguir, apresenta consolidação das informações relacionadas à análise quanto à contratação de artistas (grifou-se):

Situação identificada	Nº de apresentações artísticas	Valor (R\$) informado pela ASBT nas prestações de contas	Valor (R\$) informado pelas bandas/artistas musicais	Diferença (R\$)	%
<i>Apresentações Artísticas com diferenças nos cachês</i>	229	9.541.441,11	6.363.150,00	3.178.291,11	33,31
<i>Apresentações Artísticas sem diferença nos cachês</i>	15	925.000,00	925.000,00	0,00	
<i>Apresentações Artísticas cujas bandas/artistas musicais não deram respostas sobre o cachê</i>	105	5.708.850,00	-	-	-
TOTAL	349	16.175.291,11	7.288.150,00	3.178.291,11	-

Quadro 1 – Informações acerca das análises realizadas em relação à contratação de artistas”

21. Ao fim, o percentual de superfaturamento estimado pelo órgão central de controle interno no conjunto de 229 contratos foram relevantes 50%, equivalentes a 33,33% do valor conveniado/contratado.

22. Foi como a verdade real foi buscada nos presentes autos.

23. Aliás, tais diligências materializadas no processo também afastam eventual juízo de boa-fé objetiva, posto que refoge gravemente de um padrão de comportamento minimamente esperado a intermediação antieconômica e não comprovadamente necessária de terceiro, encarecendo em 50% os cachês reais das atrações musicais.

24. No que se refere aos testemunhos produzidos no âmbito da Processo Judicial nº 0804059-03.2018.4.05.8500, afora o princípio da independência das instâncias, adequadamente tratado na instrução anterior, trago a profícua avaliação empreendida pela unidade técnica:

“11.3. Ressalte-se que o Processo 0804059-03.2018.4.05.8500, mencionado pelos recorrentes, trata do Convênio 70367/2009 e envolve outra empresa contratada pela ASBT, Voyage Viagens e Turismo Ltda. Assim, o que foi decidido naquele processo não guarda nenhuma relação com o objeto desta tomada de contas. No mesmo sentido o processo 0803927-43.2018.4.05.8500 refere-se ao Convênio nº 702871/2008 e não ao ajuste em análise.”

25. Pelo exposto, associando-me, ainda, às demais considerações instrutivas, as alegações ora ofertadas neste tópico são igualmente incapazes de levar à reforma da decisão atacada.

VI – Da justificativa dos custos dos serviços

26. Os recorrentes voltam a defender a impossibilidade desta Corte de Contas se pautar pelo valor efetivamente contratado, como parâmetro de imputação de débito, tomando por base, inclusive, o decidido mediante o juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe no Processo 0803927-43.2018.4.05.8500 e outras decisões do próprio Tribunal. Também arguem pela adequação e lisura da contratação dos artistas, inclusive no que tange à inexigibilidade.

27. No que tangencia tal argumento, em acréscimo ao que já fiz constar no presente voto, e em linha com o aduzido pela Serur, não foi questionada neste processo nem a escolha dos artistas nem a ocorrência do evento, tendo em vista que não ocorreu a glosa total dos valores repassados. Questionou-se, sim, a execução financeira da realização convenial.

28. A questão crucial em debate, portanto, é a ausência de comprovação de que o preço contratado estava de acordo com o de mercado, com agravante de que o valor pago aos artistas foi consideravelmente menor do que o previsto no plano de trabalho. O montante real pago, em ausência de outra prova cabal da adequação dos valores pagos – como, por exemplo, a apresentação de cachês anteriores cobrados pelas bandas –, foi o parâmetro existentes para aferir a justeza do valor declarado.

29. Tomo, por empréstimo, a seguinte avaliação da unidade técnica:

“13.5. Também em sede recursal não houve comprovação de que os valores estavam de acordo com os de mercado. Destaca-se que, este Tribunal, por meio do Acórdão 1435/2017 - Plenário (rel. min. Vital do Rêgo), assentou, entre outras medidas, a necessidade de comprovar o nexo de causalidade entre os recursos recebidos e os gastos incorridos sob a égide dos convênios do MTur.

13.6. Isto porque se o contrato entre o conveniente e o empresário representante dos grupos musicais tiver sido firmado em valores idênticos ao do convênio e ao do procedimento de inexigibilidade de licitação, constatada divergência quanto ao valor do pagamento dos grupos musicais, resta afastada a presunção de compatibilidade dos valores do contrato com os preços de mercado. Assim, a não ser que houvesse provas cabais de outros custos incorridos nos eventos, cabe a impugnação da diferença entre o valor pago à empresa contratada e o recebido pelas bandas musicais.

13.7. Ou seja, diferentemente da decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe no Processo 0803927-43.2018.4.05.8500, os Acórdãos 1435/2017-TCU-Plenário e o 9313/2017-TCU-Primeira Câmara não excluem a responsabilidade dos recorrentes nos casos como o presente, em que os responsáveis não conseguem explicar a diferença entre o valor recebido pela empresa contratada e o que foi destinado às bandas.

[...]

13.10. Quanto aos entendimentos trazidos pela defesa da 2ª Vara da Justiça Federal da 5ª Região Seção Judiciária de Sergipe e da 8ª Vara Federal do Estado de Sergipe: frisa-se que à luz do princípio da independência das instâncias, o TCU exerce sua competência constitucional (artigo 71, inciso II) e legal (artigo 1º, I, da Lei 8.443/1992), para julgar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou qualquer outra irregularidade de que resulte dano ao erário. Dessa forma, o entendimento do judiciário citado pela defesa vai de encontro ao entendimento de que existem evidências de superfaturamento, correspondente à diferença entre o valor pago à empresa que se apresentou como representante exclusiva e o valor recebido pela banda, valor presumido como preços de mercado em razão do contexto em que ocorreu a contratação direta e da precariedade jurídica do instrumento de representação.” (grifou-se)

30. Isso posto, comprovada a relação de causa e efeito das condutas dos ora recorrentes com a contratação de artistas com valores relevantemente destoantes com os de mercado – corroborados, em verdade real, pelo valor efetivamente dispendido – resta a respectiva responsabilização.

31. No que se refere às alegações de ciência prévia do Ministério do Turismo sobre os valores praticados no convênio, bem como quanto à alegação de que cumpriram as orientações e exigências do concedente, rememoro – e concordo – com argumento já considerando pela SecexTCE à época da sentença condenatória, oportunidade em que se constatou que o próprio MTur, valendo-se do princípio da autotutela, emitiu a Nota Técnica de Reanálise Financeira 524/2014 aprovando a execução física e reprovando a execução financeira do convênio em apreço (peça 1, p. 169-173).
32. Situação muito similar a agora em escrutínio foi votada mediante o Acórdão 1.254/2014-2ª Câmara, competentemente relatado pelo Ministro Relator José Jorge, em outros convênios que a mesmíssima ASBT figura no polo passivo do processo.
33. Novamente, como os artistas foram contratados sem licitação, não está presente, nos autos, comprovação de que os preços orçados pelas empresas representantes estavam em conformidade com os de mercado, exigência tanto do art. 26 da Lei de Licitações, quanto do art. 46 da Portaria Interministerial 127/2008, normativos que os responsáveis tinham, ou deveriam ter, plena ciência.
34. Aliás, consoante regra ínsita no convênio celebrado, em sua Cláusula Décima Terceira, alínea “c”, o conveniente tinha o dever de justificar os preços quando da sua prestação de contas, obrigação essa que resta ainda pendente. Também não houve maiores explicações do porquê subcontratar, de forma mais onerosa, uma empresa intermediária para a contratação e pagamento das bandas.
35. Finalmente, quanto ao entendimento do Acórdão 9.313/2017-1ª Câmara, avaliando como indevida a imputação de débito pela mera diferença entre valores efetivamente pagos e os declarados, reproduzo, mais uma vez, excerto do relatório instrutivo:

“13.19. Nesse sentido, a análise do Acórdão 9313/2017-TCU-Primeira Câmara não foi no contexto da análise de uma irregularidade que consistia na divergência entre os valores contratados e os efetivamente recebidos pelas bandas a título de cachê em função de contratação realizada fora do preço de mercado, como é no presente caso.

13.20. Todo esse contexto revela e permite a conclusão de que a diferença entre o valor recebido pela empresa Alberto Gomes Canuto – ME. e o que destinou às bandas configura-se como pagamento similar a taxa de administração, em desacordo ao convênio assinado (peça 1, p. 50, alínea “II”, do item II, da cláusula terceira), e suscetível de glosa.”

36. Mais uma vez, os elementos apresentados não foram capazes de ensejar qualquer reformulação da decisão recorrida.

VII – Menções finais e conclusão

37. Diante de todo o narrado, acolho o encaminhamento sugerido pela Serur, corroborado pelo MPTCU, incorporando seus apontamentos as minhas razões de decidir, no que julgo pelo conhecimento dos presentes recursos para, no mérito, rejeitá-los.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a minuta de Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 31 de janeiro de 2023.

BENJAMIN ZYMLER
Relator