

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 032.721/2015-3

Natureza: Recurso de reconsideração em tomada de contas especial

Órgão/Entidade: Associação Sergipana de Blocos de Trio

Responsáveis: Associação Sergipana de Blocos de Trio (32.884.108/0001-80), Lourival Mendes de Oliveira Neto (310.702.215-20) e Rdm Art Silk Signs Comun. Visual Ltda (10.558.934/0001-05).

Representação legal: não há

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. MINISTÉRIO DO TURISMO. SUPERFATURAMENTO. DÉBITO QUANTIFICADO POR ESTIMATIVA. DIFERENÇA ENTRE O PREÇO DE MERCADO E O VALOR CONTRATADO. PAGAMENTO DE DESPESAS INDIRETAS. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto, como relatório, a instrução elaborada pela unidade técnica, integralmente acolhida no Parecer do Ministério Público junto ao TCU:

INTRODUÇÃO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) contra o Acórdão 8211/2021 – TCU – 1ª Câmara (peça 51), rel. Min. Weder de Oliveira.

A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo em razão da reprovação da prestação de contas por impugnação total das despesas realizadas com os recursos do convênio 752/2009, que teve por objeto o incentivo ao turismo por meio do apoio ao projeto intitulado “Festival de Inverno de Simão Dias/2009”, no município de Simão Dias/SE, ente 25 e 26/7/2009.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), pelo Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e pela empresa Rdm Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda., atual CM Produções e Eventos Ltda. (CNPJ 10.558.934/0001-05);

9.2. julgar irregulares as contas do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e da Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), com fundamento nos artigos 1º, I, 16, III, alínea “c”, 19, caput, e 23, III, “c”, da Lei 8.443/1992, e condená-los, solidariamente com a empresa Rdm Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda., atual CM Produções e Eventos Ltda., ao pagamento da importância de R\$ 79.677,79 (setenta e nove mil, seiscentos e setenta e sete reais e setenta e nove centavos), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados desde 16/10/2009, até a data do efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento do débito ao Tesouro Nacional;

9.3. aplicar, individualmente, à Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e à empresa CM Produções e Eventos Ltda. (CNPJ 10.558.934/0001-05), a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do RI/TCU, no valor de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, III, "a", do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.5. encaminhar cópia da deliberação ao procurador-chefe da Procuradoria da República em Sergipe, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis;

9.6. arquivar o processo.

HISTÓRICO

Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria Executiva do Ministério do Turismo (MTur), em desfavor da Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e de seu presidente, Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, em razão da impugnação total das despesas realizadas com os recursos do convênio 752/2009, celebrado com essa associação, e que teve por objeto o incentivo ao turismo por meio do apoio ao projeto intitulado "Festival de Inverno de Simão Dias/2009", no município de Simão Dias/SE, ente 25 e 26/7/2009.

O valor do convênio foi estabelecido em R\$ 385.470,00, dos quais R\$ 370.000,00 foram repassados pelo concedente, em 14/10/2009, e o restante, R\$ 15.470,00, correspondeu à contrapartida da convenente.

O Convênio MTur 752/2009 (Siafi/Siconv 704161) foi celebrado em 20/7/2009, com vigência inicial até 30/9/2009 (pela 1, p. 43-60), posteriormente prorrogado de ofício até 11/12/2009 (peça 1, p. 62), tendo o responsável apresentado a prestação de contas em 3/11/2009 (peça 1, p. 86).

O concedente realizou supervisão in loco nos dias 25 e 26 de julho de 2009, durante o evento, tendo sido emitido, em 16/9/2009, o respectivo relatório atestando a realização do objeto conveniado conforme plano de trabalho, não apresentando quaisquer ressalvas (peça 1, p. 66-85).

Em decorrência da emissão do Relatório de Demandas Externas 00224.001217/2012-54 (peça 1, p. 127-153), resultante das ações de controle desenvolvidas pela Controladoria-Geral da União (CGU) na ASBT, cujos trabalhos foram realizados entre 13/8/2012 e 31/1/2014, o Ministério do Turismo, valendo-se do princípio da autotutela, reviu o seu posicionamento anterior e emitiu a Nota Técnica de Reanálise Financeira 604/2014, em 24/10/2014, aprovando a execução física e reprovando a execução financeira do convênio em apreço (peça 1, p. 118-126), com a imputação de débito pelo valor integral repassado.

Notificado o gestor e a entidade convenente, sobre a reprovação da prestação de contas, em 4/11/2014 (peça 1, p. 115-117 e 154-155), ambos apresentaram respostas, em 6/11/2014, apontando a ocorrência do bis in idem, argumentando que havia processo no âmbito deste Tribunal tratando do convênio em tela (TC 009.888/2011-0), para ao final solicitarem o sobrestamento do processo até deliberação deste Tribunal (peça 1, p. 156-157). O Ministério do Turismo indeferiu o sobrestamento e emitiu notificações, em 7/4/2015, informando o gestor e a entidade convenente (peça 1, p. 158-159).

Ao final dos exames promovidos pelo Ministério do Turismo, em sede de tomada de contas especial, foi emitido o Relatório de TCE 267/2015, em 13/5/2015, confirmando as irregularidades apontadas na Nota Técnica de Reanálise Financeira 604/2014, concluindo pela não comprovação do valor total repassado de R\$ 370.000,00, cujo valor atualizado até 11/5/2015 era de R\$ 669.486,79 (peça 1, p. 175-179), inscrevendo-se as responsabilidades solidárias do Sr. Lourival Mendes de Oliveira e da ASBT, em 14/5/2015, por este valor no Siafi (peça 1, p. 191).

A Secretaria Federal de Controle Interno, ratificando o Relatório de TCE 267/2015, emitiu o Relatório de Auditoria, Certificado de Auditoria e Parecer do Dirigente do Controle Interno, todos em 9/9/2015, no sentido da irregularidade das contas (peça 1, p. 203-207), e a autoridade ministerial competente declarou ter tomado conhecimento de tais conclusões em 12/11/2015 (peça 1, p. 215). Os presentes autos foram autuados nesta Corte de Contas em 24/11/2015.

Neste Tribunal, após medidas saneadoras descritas no histórico do relatório da decisão recorrida, a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e a empresa contratada como intermediária para realização das apresentações artísticas, Rdm Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda., foram regularmente citados (os dois primeiros de forma complementar), pelo valor repassado referente aos artistas/bandas, R\$ 220.422,30, nos seguintes termos (peças 36-38 e alegações de defesa às peças 42-44):

Irregularidade: não comprovação de que os artistas/bandas foram contratados por preços de mercado, exigência contida no item 'h' da parte II da cláusula terceira e da cláusula oitava do convênio MTur/ASBT 704161/2009, e no art. 45 e 46, II, da Portaria Interministerial 127/2008, bem como pela existência de evidências de superfaturamento, correspondente à diferença ente 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.

Como as alegações de defesa foram insuficientes para afastar a irregularidade identificada de superfaturamento, esta Corte os condenou em débito solidário e em multa, julgando suas contas irregulares.

Inconformada com o resultado do julgamento deste processo (irregularidade das contas, débito e multa), a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) interpôs o presente recurso de reconsideração.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 92), ratificado à peça 94 pelo Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, que concluiu pelo conhecimento do recurso de reconsideração interposto por Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), nos termos dos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285 do Regimento Interno do TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1 a 9.4 do Acórdão 8211/2021-TCU-1ª Câmara e os estendendo para os demais devedores solidários.

EXAME TÉCNICO

Delimitação do recurso

Constituem objeto do recurso as seguintes questões:

- a) prescrição;*
- b) incompetência;*

- c) ausência de erro grosseiro e dolo;
- d) boa-fé e princípio da verdade material; e
- e) justificativa dos custos dos serviços.

PRELIMINAR

Prescrição

Argumentos

A recorrente afirma que o prazo prescricional é de 5 anos, conforme RE 636886, MS 32201/STF e Decreto 93.872/86, art. 54 e 66, devendo ser declarada tanto a prescrição do ressarcimento quanto da pretensão punitiva (peça 90, p. 3 e 4).

Análise

A alegação de prescrição não procede.

O prazo de prescrição começou a correr em 3/11/2009, data da prestação de contas ao órgão concedente (art. 4º, inc. II, da Resolução – TCU 344/2022), como evidencia documento de peça 1, p. 86.

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

em 6/1/2010, Parecer de Análise de Prestação de Contas – Parte Técnica 6/2010 (peça 1, p. 87-92);

entre 13/8/2012 e 31/1/2014, Relatório de Demandas Externas 00224.001217/2012-54 (peça 1, p. 127-153);

em 24/10/2014, Nota Técnica de Reanálise Financeira 604/2014 (peça 1, p. 118-126);

em 12/11/2015, Ofício 1807/2015/AECI/MTur – encaminhamento da TCE ao TCU (peça 1, p. 1);

em 3/05/2016, instrução processual no âmbito do TCU propondo diligência (peça 7);

em 11/03/2019, AR confirmando o recebimento de ofício de citação (peça 40);

em 28/7/2020, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 51).

Entre essas datas não houve o transcurso do prazo quinquenal de prescrição.

Além disso, o histórico de andamentos do processo evidencia que a instrução processual transcorreu normalmente, sem paralisação por mais de três anos – o que afasta a hipótese de prescrição intercorrente.

Fica demonstrada, assim, a não ocorrência da prescrição, no caso em exame.

Incompetência

Argumentos

A recorrente argumenta ser parte ilegítima para figurar no polo passivo, pois se trata de relação privada que foge à competência do TCU (Acórdão 9313/2017 – Primeira Câmara, Rel. Min. Weder de Oliveira) (peça 90, p. 1-3).

Análise

Não assiste razão à recorrente. A competência do TCU emana da Constituição Federal art. 71 em que é determinada a fiscalização de quem emprega dinheiro público, no caso federal, e cause prejuízo ao Erário, como é o caso dos presentes autos. Note-se que o TCU

não está adentrando na relação do empregador e dos artistas, mas sim no repasse e emprego de verba pública federal com superfaturamento. Tal fato se subsumi à competência desta Corte que tem a obrigação de responsabilizar quem deu causa ao prejuízo ao Erário.

Não houve na decisão recorrida a arbitragem de ganhos internos no relacionamento do empresário exclusivo e da empresa exclusiva ad hoc (contratada), entre si, e entre eles e as bandas. Assim, não é correta a afirmação da recorrente de que a decisão recorrida se processou na área privada, estranha à função e à competência do TCU.

Ausência de erro grosseiro e dolo

Argumentos

A recorrente argumenta que os recursos foram integralmente utilizados para execução do objeto inexistindo dolo ou erro grosseiro ou locupletamento indevido (peça 90, p. 3).

Análise

Não assiste razão à indigitada. O presente processo revelou grave inobservância de dever de cuidado no trato com a coisa pública, isto é, ato praticado com culpa grave, pois, na espécie, a conduta do responsável se distancia daquela que seria esperada de um administrador de verba pública minimamente diligente, num claro exemplo de erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018 (Acórdão 3916/2022, Relator Min. Marcos Bemquerer; Acórdão 1689/2019-TCU-Plenário, Relator Min. Augusto Nardes; Acórdão 2924/2018-TCU-Plenário, Relator Min. José Mucio Monteiro; Acórdão 2391/2018-TCU-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler).

Nesse sentido, tem-se que 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, cabia a Lourival Mendes de Oliveira Neto, na qualidade de presidente da ASBT, e a essa associação demonstrarem a regularidade na aplicação dos recursos repassados por meio do convênio em análise, o que não ocorreu no caso concreto.

MÉRITO

Boa-fé e princípio da verdade material

Argumentos

A recorrente em síntese, argumenta que (peça 90):

a) a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos (peça 90, p. 5);

b) no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela (MEIRELLES, 2011, p. 581) (peça 90, p. 6); e

c) em depoimento na justiça no processo nº 0804059-03.2018.4.05.8500, há testemunho da sua boa-fé (peça 90, p. 6-7).

Análise

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).

No âmbito da presente TCE, diferentemente do que alega a recorrente, o princípio da verdade real foi devidamente observado, tanto que a Secex-SE, considerando a ausência de elementos necessários para a formação de um juízo de valor sobre os fatos que levaram à instauração desta TCE, propôs realizar uma série de diligências, para que fosse enviada a este Tribunal a documentação pertinente (peças 7-14).

Somente após a análise da documentação requerida é que se concluiu pela citação solidária de Lourival Mendes de Oliveira Neto e da ASBT, conforme instrução às peças 15-17.

Não foi possível reconhecer a boa-fé da recorrente. Assim, tendo em vista que as alegações de defesa apresentadas não tiveram o condão de elidir as irregularidades constatadas, suas contas foram julgadas irregulares, nos termos do art. 202, § 6º, do RI/TCU, com a imputação do débito atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora e multa, conforme proposta da unidade técnica de peça 46, reproduzida no relatório do acórdão recorrido.

Ressalte-se que o Processo 0804059-03.2018.4.05.8500, mencionado pela recorrente, 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 702871/2008 e não ao ajuste em análise.

Ainda que o objeto do referido processo judicial fosse o mesmo aqui tratado, em regra, as decisões judiciais não impedem a atuação deste Tribunal, uma vez que o TCU possui jurisdição e competência próprias estabelecidas pela Constituição Federal e pela sua Lei Orgânica (Lei 8.443/1992). Destarte, pelo princípio da independência das instâncias, podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas – cível, criminal e administrativa, exceto nos casos de decisões proferidas em ação penal que absolvam o réu por negativa de autoria ou inexistência do fato (Acórdãos 3036/2015-TCU-Plenário, Rel. Marcos Bemquerer; 10042/2015-TCU-2ª Câmara, Rel. Marcos Bemquerer; 7752/2015-TCU-1ª Câmara, Rel. José Múcio Monteiro; 7475/2015-TCU-1ª Câmara, Rel. José Múcio Monteiro; 7123/2014-TCU - 1ª Câmara, Rel. Bruno Dantas).

Esse entendimento é pacífico no Supremo Tribunal Federal, conforme fica claro nos Mandados de Segurança 21.948-RJ, relatado pela Ministra Carmem Lúcia; 21.708-DF, relatado pelo Ministro Marco Aurélio e 23.625-DF, relatado pelo Ministro Maurício Correa. Nesse último, por exemplo, o STF decidiu que a sentença proferida em processo penal é incapaz de gerar direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas, mas poderá servir de prova em processos administrativos se concluir pela não-ocorrência material do fato ou pela negativa de autoria.

Cabe esclarecer também que 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 ou má-fé do gestor para que ele

seja instado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário. No caso, restou demonstrado nos autos a relação entre a conduta culposa da ASBT (que, por meio do seu presidente, propôs e autorizou o pagamento por serviço superfaturado) e o dano ao erário por ele causado.

Da Justificativa dos custos dos serviços

Argumentos

A recorrente, em síntese, argumenta que (peça 90):

a) a análise de custo pelo MTur resta evidente diante do banco de dados composto por notas e orçamentos de todos os prestadores de serviços (peça 90, p. 8-12);

b) a escolha do artista ocorreu de acordo com a aceitação do público (peça 90, p. 10);

c) o fornecedor do serviço era o único detentor da carta de exclusividade (peça 90, p. 10);

d) previamente à assinatura do Convênio o MTur exigia carta de exclusividade contendo análise de custo, se a inexigibilidade fosse aprovada nos termos da Portaria Interministerial 127/2008, o ajuste era firmado (peça 90, p. 11, 12, 19-23);

e) segundo a 2ª Vara da Justiça Federal da 5ª Região Seção Judiciária de Sergipe no processo 0803927-43 e o julgado da 8ª Vara Federal do Estado de Sergipe, no Processo de nº 0804059-03.2018.4.05.8500 - AÇÃO PENAL, as falhas são formais, porque o justificante cumpriu de forma integral o repasse ao fornecedor do serviço na forma do convênio bem como a diferença entre o valor pago às bandas e o transferido ao representante exclusivo está de acordo com despesas como tributos, custos de descolamento, hospedagem, camarins e o percentual pela própria intermediação (peça 90, p. 11-23);

f) os pagamentos foram transferidos para conta do único fornecedor que detinha carta de exclusividade e orçamento para apresentação do artista, na forma do disposto no art. 45 da Portaria Interministerial 127/2008 (peça 90, p. 19); e

g) o valor pago corresponde ao valor contratado conforme nota fiscal e orçamento pela empresa que possuía a exclusividade para a apresentação e recebimento do valor contratado para apresentação da banda na forma do item 9.2.3.2 do Acórdão 1435/2017 – Plenário, Rel. Vital do Rêgo (peça 90, p. 22-23).

Requer sejam julgadas as contas regulares com quitação (peça 90, p. 23).

Análise

A recorrente reapresenta argumentos analisados exaustivamente pela decisão recorrida às peças 51-53. Informe-se anuir ao entendimento mencionado, pelas razões abaixo destacadas. Como foram reapresentados os argumentos colacionados aos autos em sede de alegações de defesa, destacar-se-á das peças citadas a análise pertinente para o deslinde da questão.

Registra-se, inicialmente, que neste processo não foi questionada nem a escolha dos artistas nem a ocorrência do evento, tendo em vista que não ocorreu a glosa total dos valores repassados. Nesse sentido são improcedentes os argumentos referentes à escolha do artista e à ocorrência do evento em si. Como consta do relatório à peça 53, p. 1: “3.

O concedente realizou supervisão in loco nos dias 25 e 26 de julho de 2009, durante o evento, tendo sido emitido, em 16/9/2009, o respectivo relatório atestando a realização do objeto conveniado conforme plano de trabalho, não apresentando quaisquer ressalvas (peça 1, p. 66-85).”

No entanto a execução financeira foi reprovada. Veja-se (peça 53, p. 2):

5. Em decorrência da emissão do Relatório de Demandas Externas 00224.001217/2012-54 (peça 1, p. 127-153), resultante das ações de controle desenvolvidas pela Controladoria-Geral da União (CGU) na ASBT, cujos trabalhos foram realizados entre 13/8/2012 e 31/1/2014, o Ministério do Turismo, valendo-se do princípio da autotutela, reviu o seu posicionamento anterior e emitiu a Nota Técnica de Reanálise Financeira 604/2014, em 24/10/2014, aprovando a execução física e reprovando a execução financeira do convênio em apreço (peça 1, p. 118-126), com a imputação de débito pelo valor integral repassado (...).

Importante reproduzir tabela que consta do voto da decisão recorrida acerca do débito configurado pelo acórdão vergastado (peça 52, p. 5-6):

39. Utilizaremos esse percentual (33,33% sobre o valor conveniado) para quantificarmos o dano ao erário resultante da contratação superfaturada da banda Forró dos Play, da qual não se obteve o devido recibo. Nos demais casos (Forro do Moído e Aviões do Forró) adotaremos a diferença entre os cachês pagos e o valor pago à empresa intermediária, do que resulta a estimativa demonstrada no quadro a seguir:

<i>Bandas Musicais</i>	<i>Valor pago à empresa intermediária (R\$)</i>	<i>Valor pago às bandas/artistas (R\$)</i>	<i>Débito (R\$)</i>
<i>Forro do Moído</i>	<i>80.000,00</i>	<i>60.000,00</i>	<i>20.000,00</i>
<i>Forró dos Plays</i>	<i>69.000,00</i>	<i>(não informado)</i>	<i>22.997,70</i>
<i>Aviões do Forró</i>	<i>140.000,00</i>	<i>100.000,00</i>	<i>40.000,00</i>
<i>Totais</i>	<i>289.000,00</i>	<i>160.000,00</i>	<i>82.997,70</i>

40. Considerando a proporcionalidade dos aportes de cada partícipe, o valor do ressarcimento a ser feito ao erário federal é de R\$ 79.677,79 (96%, percentual de aporte da União, sobre o valor do dano apurado de R\$ 82.997,70), a partir da data da emissão da nota fiscal 47, 16/10/2009 (peça 11, p. 34).

O cerne da questão, portanto, é a ausência de comprovação de que o preço contratado estava de acordo com o preço de mercado, com agravante de que o preço pago aos artistas foi menor do que o previsto no plano de trabalho. Isto impõe comprovação de que os preços estavam de acordo com o de mercado ou glosa da diferença caso aquele não reste comprovado, o que ocorreu no presente caso concreto. Nesse sentido peça 52, p. 4:

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 não comprovação dos requisitos legais para contratação direta de artistas, por inexigibilidade.

27. A inexistência de explicações para a necessidade de contratação dos shows por meio da empresa e não diretamente com as bandas ou por meio de seus empresários exclusivos, a precariedade do instrumento de vinculação da representante às bandas, combinadas com a inconsistência temporal das etapas decisórias e a inexistência de justificativa de preços, formam um quadro de robusta presunção de que a participação da empresa, no presente processo, não foi a de uma efetiva representante exclusiva, podendo

ser qualificada como intermediação desnecessária, onerosa, e mesmo viabilizadora de enriquecimento sem causa.

28. *Enfatizo o fato de que, muito embora a justificativa de preço não tenha sido realizada no momento devido, como exigido pela legislação de regência, os responsáveis tiveram a oportunidade de fazê-la em resposta à citação, de forma a elidir a presunção de superfaturamento e infirmar a imputação de dano ao erário, mas não o fizeram..*

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.

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.

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 da ASBT 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.

Ademais, a Cláusula Terceira, inciso II, alínea “jj” do Convênio 752/2009/MTur, previu que o conveniente deveria encaminhar ao concedente documento comprobatório do efetivo recebimento do cachê por parte dos artistas (peça 1, p. 48).

A responsabilidade solidária de Lourival Mendes de Oliveira Neto com a ASBT – pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias de recursos federais – decorre dos danos causados ao erário na aplicação desses recursos, a teor do disposto na Súmula TCU nº 286.

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, cabia a Lourival Mendes de Oliveira Neto, na qualidade de presidente da ASBT, e a essa associação, demonstrar a regularidade na aplicação dos recursos repassados por meio do Convênio 752/2009, o que não ocorreu no caso concreto.

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.

Em relação aos argumentos referentes ao MTur de que ele estava ciente dos preços a serem praticados pelo conveniente bem como quanto à alegação do responsável de que cumpriu as orientações e exigências do concedente anui-se à análise empreendida no relatório da decisão recorrida, senão veja-se (peça 53, p. 7):

18.2. Quanto a alegação dos responsáveis de que cumpriram as orientação e exigência do concedente:

18.2.1. Considerando que foi o próprio MTur, valendo-se do princípio da autotutela, que emitiu a Nota Técnica de Reanálise Financeira 604/2014, em 24/10/2014, aprovando a execução física e reprovando a execução financeira do convênio em apreço (peça 1, p. 118-126), após Relatório de Demandas Externas 00224.001217/2012-54 (peça 1, p. 127-153);

18.2.2. Considerando, ainda, que o MTur, objetivando atender ao comando da determinação inserta no subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, passou a inserir em convênios por ele celebrados cláusula tratando especificamente da exigência dos contratos de exclusividade atenderem aos moldes estabelecidos no referido acórdão referido.

18.2.3. Rejeita-se as alegações de defesa dos responsáveis quanto à esta questão.

Por oportuno, acerca do tema, transcreve-se a seguir trecho do voto do Acórdão 1254/2014-TCU-2ª Câmara do Ministro Relator José Jorge, ao analisar situação análoga verificada na ocasião em outros convênios celebrados com a ASBT:

22. O primeiro aspecto a ser considerado é que não se questionou a veracidade da documentação apresentada pelas diversas empresas junto à ASBT, mas sim o fato de que os valores informados nas notas fiscais constantes das prestações de contas não correspondiam aos valores de cachê cobrados e recebidos pelos artistas/bandas contratados no âmbito dos convênios firmados com o MTur.

23. Ainda que os responsáveis justifiquem a necessidade de cobrança de tais valores, em virtude da incidência de outros custos e encargos para realização dos eventos, o fato é que não havia nos planos de trabalhos dos convênios a previsão para a realização de tais despesas, muito menos autorização na norma específica do Ministério do Turismo (Portaria n.º 153/2009), que dispunha sobre as regras e critérios para a formalização de apoio a eventos do turismo e de incremento do fluxo turístico local, regional, estadual ou nacional.

24. Conforme destacou a instrução da unidade técnica, a referida portaria somente admitia, taxativamente, o pagamento de cachês, e não de despesas a título de intermediação empresarial:

“Art. 17. Poderão ser apresentados projetos para as categorias de eventos previstos nesta Seção III, restringindo-se, taxativamente, à aquisição de bens e à contratação dos seguintes serviços:

(...); e

Pagamento de cachês de artistas e/ou bandas e/ou grupos.” (grifos nossos)

25. Especificamente quanto ao argumento apresentado pelo Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e da Associação Sergipana de Blocos de Trio – ASBT de que o Acórdão 2163/2011 – 2ª Câmara respaldaria o pagamento de despesas questionadas, observo que, de fato, por meio da referida deliberação, foi dirigida determinação ao Ministério do Turismo no sentido de que fossem especificados nos planos de trabalho os valores

atinentes aos custos de intermediação empresarial, o que, a princípio, poderia ensejar a aceitação dos gastos em questão pelo Tribunal.

26. Não obstante, entendo que isso não tem o condão de legitimar, na espécie, o pagamento de tais valores, pois, ainda que porventura tenham realmente existido, não se pode inferir que as diferenças apuradas foram realizadas a esse título, considerando ainda a enorme discrepância entre os valores recebidos pelas bandas e aqueles informados ao órgão repassador dos recursos.

27. Outro aspecto a ser observado, nos termos destacados no Voto condutor do Acórdão 762/2011 – Plenário, é que a ASBT, quando da execução dos convênios celebrados com o Ministério do Turismo, firmou contratos com empresas intermediadoras que não detinham o direito de exclusividade dos artistas, sendo apenas autorizadas a agenciar os artistas nas datas específicas dos eventos, em desconformidade com a determinação constante do subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008 – Plenário.

28. Penso que a referida determinação, ao exigir a apresentação de cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, tem por intuito não só assegurar a regularidade da contratação por meio de inexigibilidade de licitação, mas evitar o pagamento de intermediações indevidas, quando há possibilidade de contratação direta do próprio artista, logicamente mais econômica.

29. Em relação às alegações apresentadas conjuntamente (peça 118) pelas empresas Planeta Empreendimentos e Serviços Ltda., Valéria Patrícia Pinheiro de Oliveira Azevedo – V& M, I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda., RDM Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda., Sergipe Show Propaganda e Produção Artísticas Ltda., WD Produções e Eventos, entendo, como a unidade técnica, que elas não são capazes de afastar a irregularidade por que foram instadas a se manifestar.

30. Além de explicitarem a forma como se dá a contratação dos artistas e bandas, sustentam as empresas a existência de custos indiretos de produção (tributação, encargos e riscos financeiros, equipe técnica de produção, dentre outros) que justificariam a diferença apresentada entre o valor indicado no plano de trabalho apresentado ao Ministério do Turismo e o cachê repassado às bandas/artista. Esses custos seriam arcados pelo representante local, colacionando-se aos autos cópias de notas fiscais que comprovariam a inexistência de qualquer desvio de verba pública.

31. Ainda que fosse relevada a ausência de previsão nos convênios do pagamento de custos de intermediação empresarial, bem assim admitida a necessidade dos referidos custos para a consecução dos eventos, entendo que mesmo assim as referidas despesas não estão comprovadas, mostrando-se insuficiente para tanto a mera existência de diferenças de preços entre as contratações realizadas com o representante exclusivo e o representante local.

32. A propósito, vejo que os documentos fiscais colacionados pelas empresas defendentes não trazem qualquer especificação dos custos de intermediação incorridos, não se podendo com isso asseverar que realmente ocorreram, ou mesmo em que medida seriam eventualmente devidos, considerando as expressivas diferenças apuradas pela equipe de auditoria, no percentual médio de 40%.

33. Portanto, as alegações de defesa apresentadas em relação às ocorrências descritas nos subitens 9.2 e 9.3 do Acórdão 762/2011 – Plenário devem ser rejeitadas, ensejando a irregularidade das contas e a condenação em débito dos respectivos responsáveis, com a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443, de 1992. (grifos acrescidos)

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 preços de mercado. Exigência tanto do art. 26 da Lei de Licitações, quanto do art. 46 da Portaria Interministerial 127/2008.

A justificativa de preços também era obrigação da ASBT quando da apresentação da prestação de contas, como exigido na alínea “c” do parágrafo segundo da cláusula décima terceira do convênio celebrado (peça 1, p. 56).

Note-se não haver explicações para dois fatos centrais: por que a conveniente, ASBT, entidade especializada em organizar eventos, não promoveu ela mesma a contratação direta das bandas, o que lhe propiciaria menores custos? Por que foi necessário contratar uma empresa representante, a qual, não era originalmente a representante exclusiva das bandas? Consta dos autos (peça 15, p. 1, item 3) que houve a comprovação por parte da conveniente de sua capacidade técnica (peça 1, p. 37, item 23).

Ademais, conforme explicitou relatório da decisão recorrida o presente caso concreto não se subsumi aos termos do Acórdão 9313/2017-TCU-Primeira Câmara, Relator Weder de Oliveira, veja-se (peça 53, p. 7, item 18.3):

18.3. Quanto ao entendimento do Acórdão 9313/2017-TCU-Primeira Câmara-Relator Weder de Oliveira citado no item 17.4 desta instrução:

18.3.1. Destaca-se que a citação do referido Acórdão que o defendente apresentou 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’, não se tratava de ‘contratação realizada fora do preço de mercado’ como é no presente caso.

18.3.2. Assim, tendo em vista que o motivo da citação dos responsáveis, qual seja, de que não há comprovação de que os artistas/bandas foram contratados por preços de mercado, não se confunde com o entendimento trazido pelo referido acórdão de que ‘a arbitragem de ganhos internos no relacionamento dos empresários e artistas não é função deste Tribunal’, rejeita-se as alegações de defesa quanto a esta questão.

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.

Todo esse contexto, revela e permite a conclusão de que a diferença entre o valor recebido pela empresa Rdm Art Silk Signs Comunicacao Visual Ltda - ME e o que destinou às bandas configura-se como pagamento similar a taxa de administração, em desacordo ao convênio assinado (peça 1, p. 58, item “I” da cláusula décima sétima), e suscetível de glosa.

Quanto a inexistência de justificativa para os preços pagos na contratação direta, sem licitação ou cotação de preços, que é questão central na apuração de dano ao erário, por superfaturamento ou pagamento de despesa vedada (taxa de administração ou similar), a responsável manteve-se silente.

Em síntese, o que foi exposto demonstra que os responsáveis não comprovaram que o preço pago à empresa Rdm Art Silk Signs Comunicacao Visual Ltda - ME, contratada sem licitação, era compatível com preços praticados pelas bandas com outros contratantes, que são considerados, neste processo, como sendo equivalentes aos valores recebidos pelas bandas, porquanto valores que, presumidamente, seriam por elas cobrados se

fossem contratadas diretamente, sem intermediação, injustificada, de representante exclusiva ad hoc.

Tal diferença, desse modo, caracteriza tanto a ocorrência de superfaturamento como de despesa equivalente a taxa de administração, vedada pelo ajuste firmado; ambas as ocorrências geradoras de dano ao erário, razão pela qual foram condenados em débito, solidariamente, a ASBT, o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e a referida empresa intermediária.

Tem-se que meras alegações desacompanhadas de prova não têm o condão de modificar o julgamento pela irregularidade das contas em apreço. Isto porque, de todo o exposto acima, conforme já demonstrado no relatório e no voto que conduziram ao Acórdão 8211/2021 – TCU – 1ª Câmara (peças 51-53), não merecem acolhida os argumentos da recorrente, uma vez que ela não traz nenhum elemento novo com potencial de afastar as irregularidades constatadas ou eximir os responsáveis pelo prejuízo delas decorrentes.

Portanto, não há como acolher as razões recursais apresentadas nem os pedidos realizados, devendo a decisão recorrida ser mantida em seus exatos termos.

CONCLUSÃO

Da análise do recurso apresentado, conclui-se que:

a) não teria ocorrido a prescrição; e

b) considerando que a recorrente reapresentou suas alegações de defesa sem trazer aos autos justificativa de preço de mercado da contratação das bandas no âmbito do Convênio 752/2009/MTur, anuiu-se integralmente ao entendimento da decisão recorrida, devendo esta ser mantida em seus exatos bem como ser proferido a improcedência do presente recurso de reconsideração.