

TC 001.214/2015-2

Tipo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Município de Buriti do Tocantins/TO

Recorrente: Alvimar Cayres Almeida (CPF 054.029.778-01)

Advogado: Maurício Cordenonzi (OAB/TO 2223-B), procuração e-tcu - Aba: Representações Legais.

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: Tomada de contas especial. Convênio para a realização de evento artístico. Não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais transferidos. Contas irregulares. Débito. Multa. Recurso de reconsideração. Conhecimento. Razões suficientes para elidir o débito sem, contudo alterar o mérito pela irregularidade das contas. Provimento parcial do recurso.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peça 32) interposto pelo recorrente acima identificado contra o Acórdão 7770/2015 – TCU – 2ª Câmara (peça 20).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. rejeitar as alegações de defesa do Sr. Alvimar Cayres de Almeida;

9.2. julgar irregulares as contas do Sr. Alvimar Cayres de Almeida, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “c”, e 19, caput, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-lo ao pagamento da quantia de R\$ 95.000,00 (noventa e cinco mil reais), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados desde 17/5/2011 até o efetivo recolhimento, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da referida importância aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, inciso III, alínea “a”, da citada lei c/c o art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU (RITCU);

9.3. aplicar ao Sr. Alvimar Cayres de Almeida a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da referida importância aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, atualizadas monetariamente até a data do pagamento, esclarecendo ao responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU), sem prejuízo das demais medidas legais;

9.5. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação; e

9.6. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado do Tocantins, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para a adoção das medidas judiciais cabíveis.

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo em desfavor de Alvimar Cayres de Almeida, ex-prefeito do município de Buriti do Tocantins (gestões: 2005-2008 e 2009/2013), diante da impugnação integral das despesas realizadas com os recursos federais repassados à referida municipalidade por meio do Convênio 742.095/2010, no valor de R\$95 mil, visando à realização do projeto intitulado “Cavalgada Henrique Garcia Show de Buriti do Tocantins/TO”, com o propósito de incentivar o turismo local.

2.1. Os recursos federais necessários à realização do objeto do referido convênio foram repassados em 17/5/2011, no valor de R\$ 95 mil, em valores originais, cabendo destacar que havia, ainda, a previsão de aplicação de uma contrapartida municipal no valor de R\$ 5 mil.

2.2. As irregularidades pelas quais o responsável foi condenado, conforme itens 3/8-13 do voto condutor, foram as seguintes:

a) ausência de apresentação de contrato de exclusividade firmado entre o artista e a empresa que o representa, com o devido registro em cartório, constituindo desrespeito à exigência expressamente prevista no instrumento convenial (Cláusula Terceira, Inciso I, alínea “oo”), e

b) ausência de apresentação, na prestação de contas, de documentação hábil a comprovar o efetivo pagamento dos artistas por parte da empresa que o representa, conforme expressa previsão do termo de convênio, em sua Cláusula Terceira, alínea “pp”, o que ocasionou o débito imputado.

2.3. Neste momento, o recorrente insurge contra a deliberação previamente descrita.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade contido na peça 34 ratificado pelo Relator, Ministro Raimundo Carreiro (despacho de peça 36). Propõe-se, porém, somente a suspensão dos efeitos dos itens 9.2, 9.3 e 9.5 do acórdão recorrido.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir se:

a) houve cerceamento de defesa por fundamentos condenatórios diversos dos da citação;

b) o cumprimento do objeto e o devido pagamento à empresário exclusivo dos artistas, ainda que ausente comprovante de pagamento a estes (artistas), é suficiente para afastar a condenação e o julgamento pela irregularidade das contas.

5. Do cerceamento de defesa.

5.1. Defende-se no recurso que houve cerceamento de defesa, pois o **decisum** utilizou, para condenação, fundamentos (omissão e intempestividade na prestação de contas e intempestividade na publicação dos extratos de inexigibilidade) diversos daqueles indicados na citação, e sobre os quais ao recorrente não foi oportunizada a defesa.

Análise:

5.2. A **priori** é importante destacar que a condenação decorreu da ausência de apresentação de contrato de exclusividade firmado entre o artista e a empresa que o representa, com o devido registro em cartório, constituindo desrespeito à exigência expressamente prevista no instrumento convenial (Cláusula Terceira, Inciso I, alínea “oo”); e ausência de apresentação, na prestação de contas, de documentação hábil a comprovar o efetivo pagamento dos artistas por parte da empresa que o representa, conforme expressa previsão do termo de convênio, em sua Cláusula Terceira, alínea “pp”, o que ocasionou o débito imputado.

5.3. Caso se considere somente o ofício de citação, dissociado dos demais elementos dos autos, aos quais foi franqueado o pleno acesso ao recorrente, podem existir dúvidas do enquadramento das irregularidades e, exatamente, de quais fundamentos de fato e direito deveria o recorrente se defender. Entretanto, a jurisprudência desta Corte é no sentido de se examinar o conjunto dos elementos e não somente a citação, e com esta premissa analisa-se a preliminar de nulidade.

5.4. Em relação à primeira irregularidade não se observou no ofício de citação (peça 8) menção à irregularidade, contudo, de forma expressa, o fato foi destacado na instrução de peça 5, que antecedeu a citação e a defesa, logo, ao se adotar a premissa já estabelecida acima não se verifica a ilegalidade aventada.

5.5. No mesmo sentido, o ofício de citação (peça 8) faz referência expressa a inexistência de documentação hábil a demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos decorrente da ausência de nexo causal entre recursos repassados e objeto do convênio, e, foi exatamente a ausência do comprovante de pagamento aos artistas que deu ensejo a interpretação pelo MP-TCU (item 9), acatada pelo relator (item 10), da inexistência de nexo entre recursos federais e pagamento dos artistas. A ausência do comprovante de pagamento foi mencionada e registrada na peça 5, assim, nos termos da jurisprudência desta Corte não haveria nulidade e cerceamento de defesa, uma vez que os fatos estavam expostos nos autos.

6. Da carta de exclusividade dos artistas com a empresa

6.1. Defende-se no recurso que a contratada (terceirizada) detinha carta de exclusividade dos artistas aptas a produzir todos os efeitos jurídicos (cita documentos dos autos), inclusive para justificar a inexigibilidade de licitação (art. 25, III, da Lei 8.666/93), e esta (contratada), por sua vez, promoveu a contratação dos artistas.

6.2. Aduz que o objeto do convênio foi executado, cumpridas todas as formalidades legais e conclui afirmando que não há que se falar em devolução dos recursos, apropriação indébita ou desvio. Ademais, a contratada assinou declaração atestando o pagamento dos artistas.

Análise:

6.3. De plano, vale lembrar que o recorrente não faz prova de sua afirmação, qual seja, a suposta existência de contrato de exclusividade válido entre o empresário contratado e remunerado e os artistas que realizaram o show.

6.4. A inexistência de tal comprovação, por si, já afasta os demais argumentos que poderiam sanear a irregularidade. Contudo, por oportuno e esclarecedor vale transcrever trechos do relatório que bem explicam a exegese dada por esta Corte em relação ao dispositivo legal, **verbis**:

22. A argumentação de que bastaria a apresentação da carta de exclusividade não merece acolhida. A regular prestação de contas no específico caso de contratação por inexigibilidade amparada no inciso III do artigo 25 da Lei 8666/1993 carece, para sua comprovação, da apresentação do contrato de exclusividade firmado entre a empresa e o artista, registrado em

cartório, conforme expresso na alínea ‘oo’ do inciso I da Cláusula Terceira do termo de convênio (peça 1, p. 67), cujo teor deriva do item 9.5 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário que determina ao Ministério do Turismo que, em seus manuais de prestação de contas de convênios e nos termos dessas avenças, informe que:

‘9.5.1. 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:

9.5.1.1. deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado 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’

23. Não havia óbice para a contratação dos artistas sem intermediação de terceiro, e vem sendo mesmo mitigada a exigência de que se demonstre com rigor que se trata um ‘artista consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública’, haja vista a presença de um conceito jurídico indeterminado que comporta elevado grau de subjetividade. Por outro lado, a contratação por meio de terceiro exige maior cuidado, justamente para garantir que este representante seja, de fato, seu empresário exclusivo; concretamente isso se opera quando este é parte de um contrato com o artista que prevê cláusula de vigência não limitada ao período de determinada apresentação, mas a um período que prescinde de específico evento; em outras palavras, o representante é, a qualquer tempo, o único meio de contratá-lo.

24. Em complemento à exigência anterior, a regular prestação de contas requer do responsável a apresentação da documentação que comprove o efetivo pagamento dos artistas por parte do representante, conforme expressa previsão do termo de convênio.

‘CLÁUSULA TERCEIRA - DAS OBRIGAÇÕES DOS PARTICIPES

[...]

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

6.5. Ante o exposto, não restou elidida a irregularidade que consistiu na ausência de apresentação de contrato de exclusividade firmado entre o artista e a empresa que o representa, com o devido registro em cartório, configurando o desrespeito à exigência expressamente prevista no instrumento convenial (Cláusula Terceira, Inciso I, alínea “oo”).

7. Do cumprimento do objeto, da ausência de responsabilidade pela comprovação de repasse aos artistas e da inexistência de ato ímprobo.

7.1. Defende-se a correta execução do objeto e a ausência de fundamentos para a imputação do débito, bem como da prática de qualquer ato ímprobo.

7.2. Para tanto, argumenta que:

a) inexistente nexos causal entre a conduta da administração e a suposta irregularidade (ausência de comprovação do pagamento dos artistas), mas fato de terceiro, responsável pela conduta dolosa, e se houve desvio ou ilegalidade, a responsabilidade deve ser atribuída à empresa que possui exclusividade da contratação com os artistas.

b) a ausência de comprovante do repasse efetuado pela empresa aos artistas caracterizariam falhas formais que não possuem força capaz de macular os certames licitatórios, os contratos legalmente firmados e ensejar o julgamento pela irregularidade das contas;

c) na presente contratação obedeceu-se rigorosamente todos os preceitos e princípios legais e constitucionais, bem como todos os valores encontram-se alinhados aos preços de mercado, sem qualquer prejuízo ao erário ou dolo do ex gestor municipal.

d) os documentos dos autos (nota técnica 96/2012 e nota técnica de reanálise 887/2012) demonstram a regularidade da execução do objeto e aplicação dos valores e, caso persista a imputação, haverá enriquecimento ilícito da União, vedado pelo ordenamento pátrio (CC/2002, art. 884 e seguintes).

e) a condenação não atenderia a finalidade, a razoabilidade ou a proporcionalidade, uma vez que nenhum ato foi praticado de forma ilegal, ilegítima e sem a observância do atendimento ao interesse da coletividade.

f) os atos praticados não caracterizam atos de improbidade por notória ausência de má-fé, inexistência de dano, proveito patrimonial, enriquecimento ilícito do acusado ou favorecimento de terceiro;

g) com fulcro no princípio da verdade material e, se existirem, falhas são de natureza formal, as contas devem ser julgadas regulares ou regulares com ressalvas.

Análise:

7.3. Para que as contas sejam julgadas regulares, ainda que com ressalvas, deve-se atender ao tripé sustentador de sua apreciação, a saber: (a) consecução da integralidade do objeto, (b) apresentação da prestação de contas com documentação idônea e apta a comprovar a regularidade das despesas executadas, (c) demonstração do necessário nexos causal dos recursos federais repassados e o objeto do convênio.

7.4. O inadimplemento das obrigações descritas nas alíneas “a” e “c” do parágrafo precedente, necessariamente, conduz ao julgamento pela irregularidade com aplicação do débito,

7.5. Já se houver falhas na segunda ponta do tripé, a natureza e a gravidade devem ser examinadas em cada caso concreto não implicando na imposição automática de débito.

7.6. A falha contida na segunda ponta pode ser muito grave e não demonstrar a aplicação dos recursos, o que ocasionaria o débito; a documentação também pode ser suficiente para se comprovar a existência de superfaturamento, o que na mesma linha leva ao débito; contudo a irregularidade pode ser grave sem levar a imputação de dano, mas somente aplicação de multa; ou, por fim, tratar-se de falha meramente formal que levaria somente a ressalva das contas.

7.7. Registra-se, no caso sob exame, a inexistência de referência à inexecução do objeto, seja total ou parcial ou mesmo da existência de superfaturamento ou sobrepreço no objeto contratado; logo não foram estes o motivo a ensejar a condenação do responsável. Restou consignado que as duas outras pontas do tripé restaram comprometidas e a ausência de documento de comprovação de pagamento aos artistas teria ensejado o débito.

7.8. A condenação do recorrente fora motivada pelo entendimento desta Corte que os documentos apresentados não foram suficientes para demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos federais repassados e, portanto, afrontado o dever do gestor de comprovar, mediante prestação de contas, a correta utilização dos valores. Destaca-se que a inexecução do objeto ou eventual superfaturamento não constou dos fundamentos da apenação.

7.9. O fundamento para a conclusão consistiu, exatamente, no descumprimento da obrigação estabelecida no termo de convênio (Cláusula Terceira, alínea “pp”) que previa a necessidade de apresentação do comprovante de pagamento aos artistas.

7.10. Nessa toada, entendeu-se que a ausência do comprovante de pagamento aos artistas (item 9 e 10 do voto condutor) impediu o estabelecimento de nexos entre os recursos federais repassados e o pagamento dos artistas, e, por consequência, a imputação do débito pela totalidade dos recursos transferidos.

7.11. Importante destacar que a irregularidade teve origem em descumprimento de cláusula convencional, dispositivo que, por sua vez, surgiu de determinação desta Corte de Contas ao Ministério do Turismo (Acórdão 96/2008-TCU-Plenário) para que tal exigência constasse dos pactos.

7.12. Relevante questão ora se põe, qual seja, examinar se o descumprimento da obrigação de fazer do gestor (apresentação do comprovante) é suficiente para lhe imputar a devolução dos recursos, ainda que não tenha ocorrido superfaturamento ou inexecução total ou parcial do objeto, elidindo a exegese acerca da obrigação e, portanto, ferindo o seu dever constitucional de prestar contas; ou se o inadimplemento da obrigação de fazer deve ser ponderado com outro instituto jurídico (CC/2002, art. 884 e seguintes) que ocasionaria o enriquecimento sem causa da União.

7.13. Analisa-se a ausência de nexo, por certo que a ausência de nexo causal entre recursos do convênio e execução do objeto não é meramente formal. Havendo o descompasso entre a movimentação dos valores do convênio e a execução da obra perde-se a possibilidade de estabelecer o liame necessário para a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos.

7.14. Contudo, no caso sob exame, verifica-se que o objeto foi executado e os valores pagos a empresário dos artistas, ao que consta dos autos não há inexecução, ainda que parcial do objeto. Quanto ao nexo causal, há que se verificar se os recursos repassados foram usados para pagamento do objeto executado, e de acordo com os relatos das notas técnicas e mesmo das peças instrutórias o pagamento foi realizado ao empresário dos artistas, em outras palavras, o representante, devidamente constituído, que contratou com o Município, recebeu o pagamento, não há como dizer que não há nexo causal entre os pagamentos e o objeto.

7.15. Deixa-se assentado que não consta nos autos movimentações inadequadas da conta específica do convênio, assim se o empresário, ainda que sem contrato de exclusividade (motivo para contratação direta indevida, pela qual não houve condenação), estava habilitado a receber os valores, representando os artistas, não há como afirmar a inexistência de nexo causal.

7.16. O nexo se estabelece ao verificar que os recursos foram aplicados no objeto. **In casu** o objeto “Cavalcada Henrique Garcia Show de Buriti do Tocantins/TO” consubstanciou-se na apresentação dos artistas mencionados e estes, ainda que por meio de intermediário devidamente estabelecido, foram remunerados.

7.17. Os recursos não foram usados para outro fim, ao que indica os documentos e os relatos dos autos. O empresário foi pago com os recursos do convênio após a apresentação dos artistas. O pagamento via empresário (representante) constituído, ainda que sem a comprovação de pagamento aos artistas não é suficiente para romper o nexo.

7.18. Não é incomum que artistas tenham empresários e que estes conduzam toda a negociação comercial, prestem seus serviços e inclusive recebam os cachês e, posteriormente, remunerem os artistas. Isto não implica dizer que o pagamento pelo conveniente ao empresário (responsável pela execução do objeto) rompa o nexo causal dos recursos federais e o objeto do convênio.

7.19. Assim, entende-se que não restou demonstrado a ausência de nexo causal entre recursos federais e o objeto pactuado e executado.

7.20. Por outro lado, há sim descumprimento de cláusula convencional. Mostra-se indubitável que o inadimplemento não se trata de mera formalidade. Este Tribunal após se debruçar sobre diversos pactos com as características do que ora se examina entendeu que para evitar desvios e minimizar pagamentos indevidos, pagamento a maior ou mesmo em duplicidade determinou ao concedente que fizesse constar em suas avenças a mencionada cláusula.

7.21. Assim, o descumprimento da obrigação de fazer por parte do gestor do conveniente configura-se infração grave ao se burlar mecanismo integrante de um sistema de controle e não pode ser aceito como mera falha de natureza formal. O mecanismo instituído e se observado tinha por objetivo evitar desvios, má aplicação dos recursos e mitigar eventuais sobrepreços. O descumprimento prejudica a completude da prestação de contas, ainda que o objeto tenha sido executado, mas, conforme discutido, não tem o condão de demonstrar a inexecução, superfaturamento ou ausência de nexo causal.

7.22. Entende-se que o fato enseja o julgamento das contas pela irregularidade das contas, nos termos do art. 16, III, “b”, da Lei 8.443/92, ante a existência de grave infração à norma legal ou regulamentar e aplicação de multa do art. 58, II, da Lei 8.443/92, mas não a imputação de débito, uma vez que o objeto foi executado em integralidade, não há indícios ou referência a superfaturamento ou sobrepreço e nem a movimentação inadequada da conta específica, logo não estão presentes elementos que no entendimento desta Corte levam a imputação de débito.

7.23. Vale lembrar que o responsável se defende de fato, não havendo necessidade de nova citação para a exclusão do débito e a conversão da multa do art. 57, da Lei 8.443/92 para a multa do art. 58, II, da Lei 8.443/92.

7.24. Acerca da inexistência de má-fé, vale dizer que se propõe a aplicação da multa ao recorrente com fundamento no art. 58, II, da Lei 8.443/1992. Decorre de ato praticado com grave infração à norma legal. Como visto, referido juízo formou-se a partir do descumprimento da cláusula convencional a ele atribuída, e sobre a qual as razões recursais não lograram êxito em elidir.

7.25. Portanto, persistindo o juízo pela irregularidade e conduta desautorizada, subsiste fundamento para a multa prevista no citado dispositivo legal.

7.26. Assim, não importa eventual ausência de intenção (dolo) na conduta que levou ao ato irregular. Não é necessário que haja má-fé ou ação dolosa do agente para fins de responsabilização perante este Tribunal (Acórdão 243/2010-TCU-Plenário). A imputação da penalidade de multa exige apenas a verificação da ocorrência de culpa **lato sensu**, em qualquer uma de suas modalidades (Acórdão 3874/2014-7-TCU-2ª Câmara).

CONCLUSÃO

8. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) não houve cerceamento de defesa, uma vez que, nos termos da jurisprudência desta Corte, deve-se verificar não o instrumento que materializa a citação e, sim, o conjunto s peças dos autos, nesse sentido todos os fundamentos condenatórios constavam das peças instrutórias que originaram a citação;

b) o cumprimento do objeto e o devido pagamento à empresário exclusivo dos artistas, ainda que ausente comprovante de pagamento a estes, é suficiente para afastar a condenação em débito, mas insuficiente para afastar a aplicação de multa por descumprimento de norma legal e para rechaçar o julgamento pela irregularidade das contas.

8.1. Com base nessas conclusões, propõe-se o **provimento parcial do recurso**.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 32, I e 33, da Lei 8.443/92 c/c o art. 285, caput, do RI-TCU, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

a) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para:



- a.1) julgar irregulares as contas do Sr. Alvimar Cayres de Almeida, com fundamento nos arts. 16, inciso III, alínea “b”, 19, parágrafo único, e excluir o débito objeto do item 9.2 do acórdão recorrido;
- a.2) excluir a multa aplicada no item 9.3 do acórdão recorrido;
- a.3) aplicar ao Sr. Alvimar Cayres de Almeida a multa prevista no art. 58, I, da Lei 8.443, de 1992, no valor de (R\$...), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da referida importância aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente, na forma da legislação em vigor;
- b) dar conhecimento às partes e aos órgãos/entidades interessados da deliberação que vier a ser proferida;

TCU/Secretaria de Recursos/2ª Diretoria,
em 6/4/2016.

Giuliano Bressan Geraldo
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 6559-5