

GRUPO II – CLASSE II – Primeira Câmara

TC 003.388/2015-8

Natureza: Tomada de Contas Especial

Entidade: Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT)

Responsáveis: Lourival Mendes de Oliveira Neto; Associação Sergipana de Blocos de Trio ASBT (32.884.108/0001-80)

Interessado: Ministério do Turismo (Mtur)

Representação legal: não há

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. MTUR. NÃO APROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS POR IMPUGNAÇÃO TOTAL DAS DESPESAS. COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DO OBJETO AJUSTADO. CITAÇÃO. SUBSISTÊNCIA DE INCONFORMIDADES NÃO RESULTANTES DE DANO AO ERÁRIO. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. CONTAS REGULARES COM RESSALVAS. COMUNICAÇÕES.

Relatório

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo (Mtur) em que foi responsabilizado por pretendo dano ao erário o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, na qualidade de presidente da Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), em razão da reprovação, por impugnação total das despesas, da prestação de contas do convênio 1151/2008 (Siafi 630492), cujo objeto era o incentivo ao turismo por meio do apoio financeiro à realização, no dia 8/8/2008, no município de Aracajú/SE, do evento “II Encontro Cultural de Santo Antônio”.

2. Para contextualizar os fatos, transcrevo, com ajustes, a instrução da Secex-SE, de peça 23:

“HISTÓRICO

2. Conforme disposto na Cláusula Quinta do Termo do convênio em apreço (peça 1, p. 74-75), foram previstos R\$ 110.000,00 para a execução do objeto, dos quais R\$ 100.000,00 seriam repassados pelo concedente e R\$ 10.000,00 corresponderiam à contrapartida. No projeto básico aprovado foram previstos pagamentos de cachês aos seguintes artistas: Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério, Tina Pep e Antônio Félix (peça 1, p. 104).

2.1. O recurso federal foi repassado mediante a ordem bancária 20080B900897 (R\$ 100.000,00), datada de 20/8/2008 (peça 1, p. 89) e o crédito na conta corrente específica do convênio se deu no dia 22/8/2008 (peça 1, p. 111). Inicialmente o ajuste vigeu no período de 4/8/2008 a 1º/10/2008 (Cláusula Quarta; peça 1, p. 74).

2.2. A proposta de celebração do convênio por parte do Ministério do Turismo contou com parecer favorável da Coordenação-Geral de Análise de Projetos deste ministério (Parecer Técnico 758, datado de 31/7/2008; peça 1, p. 53-55), tendo sido feito o destaque para a necessidade do cumprimento ao subitem 9.5.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, que reza que os valores arrecadados com a cobrança de ingressos em shows e eventos ou com a venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos em função dos projetos beneficiados com recursos dos convênios devem ser revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional, bem como tais valores devem integrar a prestação de contas.

2.3. De acordo com o Relatório de Supervisão *In loco* 225, datado de 11/8/2008 (peça 1, p. 93-95), lavrado pela Sra. Janaina Cristina Machado Pinto, assistente do Mtur, a vistoria foi feita no período de 7 a 9/8/2008, no evento realizado no bairro Santo Antônio, no município de Aracaju/SE, tendo concluído que ‘foi seguida toda a programação do plano de trabalho’, mas foi apontado o pequeno número de participantes, pois estimava-se que o público alvo seria de trinta mil pessoas, mas na data da fiscalização, o público presente estava muito abaixo da expectativa. Foram tiradas quatorze fotos do evento, conforme relatório fotográfico à peça 1, p. 96-99.

2.4. Consta dos autos a cópia do Contrato 10, datado de 16/6/2008 (peça 1, 115-117), firmado entre a ASBT e a empresa Xocós - Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes, cujo objeto foi a prestação de serviços na contratação de empresas para apresentação, no dia 8/8/2008, de shows artísticos com Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério, Tina Pep e Antônio Félix. A nota fiscal 1, datada de 25/8/2008, foi emitida por esta empresa no valor total do convênio (R\$ 110.000,00) e refere-se às contratações com os artistas aqui mencionados (peça 1, p. 118).

2.5. Por meio da Nota Técnica de Análise 75/2010 (peça 1, p. 122-127), concluiu-se que não foram apresentados elementos suficientes que permitissem a emissão de parecer técnico e financeiro conclusivo e, por conta disso, foi proposta a realização de diligências visando ao saneamento das irregularidades encontradas.

2.6. Em 15/5/2012 foi elaborada a Nota Técnica de Reanálise 128/2012 (peça 1, p. 129-130), tendo concluído pela reprovação da prestação de contas apresentada, em virtude das seguintes ressalvas: (a) não foi possível atestar a apresentação de nenhuma atração artística aprovada no plano de trabalho; (b) não foi encaminhada a declaração do conveniente atestando a realização do evento; e (c) não foi encaminhada a declaração de autoridade local atestando a realização do evento.

2.7. Após análise das informações constantes das justificativas apresentadas pela ASBT à peça 1, p. 135-138), bem como dos documentos a ela anexados (peça 1, p. 139-154), a Coordenação-Geral de Monitoramento, Fiscalização e Avaliação de Convênios do MTur emitiu a Nota Técnica de Análise 79, datada de 25/4/2013 (peça 1, p. 155-158), por meio da qual considerou-se a execução física reprovada, pois entendeu-se que a subcontratação da empresa Xocós - Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes para a execução do objeto do convênio, afrontava os artigos 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993. Além disso, consta expressamente desta nota técnica a orientação ao setor financeiro do MTur para que procedesse a análise dos contratos de exclusividade dos artistas, conforme recomendação constante do Memorando 198/2012/AECI/MTur (peça 1, p. 157).

2.7.1. Nesse ponto impende observar que a justificativa apresentada pelo presidente da ASBT à peça 1, p. 136-137, com relação ao encaminhamento dos contratos de exclusividade, não merece prosperar, pois o fato dos artistas contratados para participar do evento em apreço serem associados da empresa Xocós, conforme ata de assembleia geral mencionada, não torna essa empresa representante exclusiva dos artistas.

2.7.2. A análise financeira não foi realizada pelo MTur em virtude da documentação necessária não estar inserida no Sistema de Gestão de Convênios e Contrato de Repasses (Siconv), conforme consta da Nota Técnica de Reanálise Financeira 434, datada de 31/7/2013 (peça 1, p. 163-165). Ao final, considerou-se reprovada a prestação de contas do convênio com base nas irregularidades apontadas na execução física.

2.8. De acordo com o Relatório do Tomador de Contas Especial 420/2014 (peça 1, p. 178-182), o motivo para a instauração da tomada de contas especial no órgão repassador dos recursos foi a irregularidade apontada na execução física do convênio, conforme demonstrado na documentação do presente processo. No tocante à quantificação do débito, entendeu-se que este devia representar o total dos recursos repassados, correspondente ao valor original de R\$ 100.000,00.

2.9. Da mesma forma, a Secretaria Federal de Controle Interno, por meio do Relatório de Auditoria 1993 (datado de 5/11/2014; peça 1, p. 196-198), acompanhou também as conclusões exaradas no Relatório do Tomador de Contas Especial 420/2014 (peça 1, p. 178-182).

2.10. Conforme consta dos autos, o Certificado de Auditoria concluiu pela irregularidade das contas (peça 1, p. 200). Esse entendimento teve a anuência do Diretor de Auditoria das Áreas de Previdência, Trabalho, Pessoal, Serviços Sociais e Tomada de Contas Especial (peça 1, p. 201) e da autoridade ministerial (peça 1, p. 206).

2.11. A partir da análise feita na instrução de peça 3, p. 3-5, concluiu-se que não foram apresentados os contratos de exclusividade de acordo com o subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário para os artistas que se apresentaram no II Encontro Cultural do Bairro Santo Antônio, afastando, portanto, a hipótese de inexigibilidade de licitação preconizada no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, nem tampouco houve o atendimento ao subitem 9.5.1.2 deste mesmo acórdão, pois não consta dos autos a comprovação de que houve a publicação no Diário Oficial da União (DOU) do contrato firmado por inexigibilidade de licitação entre a ASBT e o empresário dos artistas, conforme preceitua o art. 26 da Lei 8.666/1993.

2.12. Pelo cometimento das irregularidades mencionadas no subitem anterior, o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e a Associação Sergipana de Blocos de Trio foram citados de forma solidária, por meio dos Ofícios 647 e 648/2015-TCU/SECEX-SE, datados de 27/5/2015 (peças 6 e 7, respectivamente), a fim de que apresentassem as suas alegações de defesa ou recolhessem a importância de R\$ 100.000,00 (data de ocorrência: 22/8/2008).

2.13. De acordo com os documentos de peças 10 e 11, recebidos neste Tribunal no dia 16/6/2015, o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e a ASBT, respectivamente, solicitaram prorrogação do prazo para a entrega das suas alegações de defesa. As solicitações foram atendidas, conforme Ofícios 775 e 780/2015-TCU/SECEX-SE, datados de 17/6/2015 (peças 13 e 14, respectivamente).

2.14. As alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e pela ASBT encontram-se anexadas aos autos às peças 18 e 19, respectivamente, e possuem o mesmo teor.

EXAME TÉCNICO

3. Passa-se a seguir a analisar as alegações de defesa dos responsáveis:

3.1. Ponto da citação: ‘não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos transferidos a esta associação, em face de impugnação total das despesas do Convênio 1151/2008 (Siafi 630492), em virtude dos seguintes indícios de irregularidades:

a) contratação indevida da empresa Xocós – Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes (CNPJ 08.349.000/0001-03) por inexigibilidade de licitação, quando ausente o requisito de inviabilidade de competição, em afronta ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e ao subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário; e

b) não atendimento ao subitem 9.5.1.2 deste mesmo acórdão, pois não consta dos autos a comprovação de que houve a publicação no Diário Oficial da União do contrato firmado por inexigibilidade de licitação entre a ASBT e o empresário dos artistas Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério, Tina Pep e Antônio Félix’.

3.1.1. Argumentos apresentados pelo Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto (peça 18):

3.1.1.1. Preliminarmente, o responsável alega que a realização de procedimentos licitatórios com base na Lei 8.666/1993 somente é cabível quando o conveniente pertencer à Administração Pública e sendo a ASBT uma entidade privada, aplica-se, nesse caso, o disposto no art. 11 do Decreto 6.170/2007. Aduz também que a Portaria Interministerial MPOG 150/2007, estabeleceu que não se aplica para os convênios ou instrumentos congêneres firmados com entidades privadas sem fins lucrativos a Lei 8.666/1993, Lei 10.520/2005 e Decreto 5.450/2005 (peça 18, p. 2-3).

3.1.1.2. Quanto ao mérito da sua defesa, o responsável argumentou o seguinte:

a) não há qualquer menção ao Acórdão 96/2008-TCU-Plenário no Convênio 1151/2008 (Siafi 630492; peça 18, p. 5);

b) o procedimento de inexigibilidade deverá ser realizado para contratações, seja por meio de intermediários ou por meio de representantes dos artistas/bandas, e, para isso, basta apresentar a carta de exclusividade para a data e local específicos, mais o contrato de representação, sem data e local específicos (peça 18, p. 5);

c) as falhas apontadas na condução do convênio em apreço não denotam e nem ocasionaram nenhuma espécie de fuga ao seu objeto, em virtude de que as entidades privadas não estão obrigadas a observar, em regra geral, os dispositivos da Lei 8.666/1993, conforme consta dos Acórdãos 1.777/2005-TCU-Plenário e 353/2005-TCU-Plenário (peça 18, p. 5-6);

d) as cartas de exclusividades apresentadas para o dia e local do evento, foram assinadas pelos próprios artistas, dando exclusividade à empresa Xocós - Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes, e registradas em cartório. Alegou também que a área técnica do MTur tinha conhecimento, muito antes de aprovar o plano de trabalho, de que se tratava de intermediação e mesmo assim não solicitou outros orçamentos, 'o que restaria infrutífero, pois nenhuma outra empresa teria exclusividade daquelas bandas para aquela data' (peça 18, p. 7);

e) na contratação de artistas, o objeto é singular, pois é fornecido exclusivamente por uma única pessoa e, mesmo que seja indicado um intermediário, o objeto continua sendo fornecido por uma única pessoa (peça 18, p. 7-8);

f) a apresentação do contrato de exclusividade por intermediário não impede nem modifica a contratação por inexigibilidade, apenas o contrato deve ser apresentado de forma complementar à documentação para formalização do ato (peça 18, p. 8);

g) o contrato de serviço firmado entre o conveniente e o prestador de serviço não se equipara ao convênio e por esse motivo a sua publicação pode ocorrer na imprensa oficial do estado ou município, ou em jornal de grande circulação, conforme reza o art. 21, incisos II e III, da Lei 8.666/1993 (peça 18, p. 9);

h) não é justo nem prudente atribuir penalidade por falhas e interpretações errôneas por parte do corpo técnico do concedente (no caso, o MTur), pois tudo o que foi pactuado no convênio foi efetivamente cumprido (peça 18, p. 10);

i) a ASBT não tem o poder, legal ou contratual, de determinar como o artista ou banda será representado, pois a ela cabe apenas verificar se preexiste vínculo contratual específico, na forma da lei de regência da profissão de artistas, com as pessoas físicas ou jurídicas que agenciem colocação de mão-de-obra dos respectivos profissionais, nos termos dos arts. 2º, inciso I, 3º, parágrafo único, e 17 da Lei 6.533/1978 (regulamentada pelo Decreto 82.385/1978), e não com base em norma destinada a outras situações relacionadas à prestação de serviço público (peça 18, p. 10-11);

j) o Tribunal de Contas da União vem admitindo o legítimo pagamento devido a custo de intermediação empresarial de profissionais da área artística, conforme Acórdão 2.163/2011-TCU-2ª Câmara (peça 18, p. 11-12).

3.1.1.3. Por fim, aduziu que as irregularidades apontadas não geraram dano ao Erário, não existindo qualquer divergência quanto à aplicação dos recursos recebidos por meio do Convênio 1151/2008 (Siafi 630492; peça 18, p. 12), além de não ter havido má-fé na gestão dos recursos repassados, o que desautorizaria a instauração da presente TCE, por não estarem presentes os requisitos elencados no art. 8º da Lei 8.443/1992 e no art. 84 do Decreto-lei 200/1967 (peça 18, p. 12-14).

3.1.2. Argumentos apresentados pela Associação Sergipana de Blocos de Trio (peça 19):

3.1.2.1. A defesa da ASBT é de igual teor daquela apresentada pelo seu presidente à peça 18.

3.1.3. Nossa Análise:

3.1.3.1. Com relação à alegação dos responsáveis de que a Lei 8.666/1993 não deve ser utilizada no caso em questão por se tratar de convênio firmado com entidade privada, tem-se que não merece ser acolhida porque o próprio termo de convênio não obrigou a que o procedimento licitatório a ser seguido fosse o previsto nessa lei, mas sim a realização de cotação prévia de preços de mercado para a contratação de serviços, observando os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, conforme disposto na Portaria Interministerial 127/2008 e na Cláusula Terceira, inciso II, alínea 'h' (peça 1, p. 72).

3.1.3.1.1. Embora os responsáveis aleguem que a Lei 8.666/1993 não deveria ter sido utilizada no caso em questão, não realizaram a cotação prévia de preços de mercado na contratação das bandas/artistas, na forma prevista no Decreto 6.170/2007, mas preferiram se utilizar da inexigibilidade de licitação prevista na própria lei que eles rechaçaram. Em vista disso, tem-se que a alegação não merece prosperar, pois os argumentos apresentados depõem contra os próprios responsáveis no sentido de que afastar a aplicação da Lei 8.666/1993 deixa a inexigibilidade de licitação sem lastro jurídico.

3.1.3.1.2. Complementando as informações contidas nos subitens anteriores, tem-se que os requisitos para a inexigibilidade de licitação encontram-se insertos na Lei 8.666/1993, independentemente do conveniente ser entidade pública ou privada.

3.1.3.2. Outro ponto que merece destaque se refere às alegações dos responsáveis de que a Portaria Interministerial MPOG 150/2007 estabeleceu que as Leis 8.666/1993 e 10.520/2005 e o Decreto 5.450/2005 não se aplicam aos convênios ou instrumentos congêneres firmados com entidades privadas sem fins lucrativos. Essa afirmação não se mostra verdadeira porque o contexto em que foi alterado o parágrafo único do art. 1º da Portaria MP/MF 217/2006 pelo art. 1º da Portaria Interministerial MPOG 150/2007 é diverso daquele que o responsável afirmou em suas alegações de defesa conforme segue:

a) o art. 1º da Portaria MP/MF 217/2006 estabelece que os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União para entes públicos ou privados deverão conter cláusula que determine o uso obrigatório do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, na contratação de bens e serviços comuns, nos termos da Lei 10.520/2002 e do Decreto 5.450/2005, estabelecendo as condições elencadas nos incisos de I a V desse artigo;

b) quando houve a alteração do parágrafo único do art. 1º da Portaria MP/MF 217/2006 pela Portaria Interministerial MPOG 150/2007 o que se pretendeu foi apenas não tornar obrigatório o uso do pregão nas contratações de bens e serviços comuns pelas entidades privadas sem fins lucrativos. Ocorre que a não obrigatoriedade do uso do pregão por parte da ASBT encontra-se sedimentada nos termos do Convênio 1151/2008 (Siafi 630492), que estipulou como obrigação do conveniente (no caso, a ASBT), a realização de, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado quando da contratação de serviços com recursos desse convênio, nos termos da Portaria Interministerial 127/2008, conforme alínea 'h' do inciso II da Cláusula Terceira (peça 1, p. 72).

3.1.3.3. Não há nos autos a cópia das cartas de exclusividade, firmadas entre os artistas e seus empresários exclusivos. Foi anexado à peça 1, p. 115-117, a cópia do Contrato 10/2008, firmado entre a ASBT e a empresa Xocós - Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes, cujo objeto foi a prestação de serviços na contratação de empresas para apresentação de show artístico com Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério Tina Pep e Antônio Feliz, no dia 8/8/2008 no município de Aracaju/SE, no evento denominado 'II Encontro Cultural Do Santo Antônio 2008/2008'. O

recibo referente ao pagamento dos artistas contratados encontra-se à peça 1, p. 119, no valor de R\$ 110.000,00, emitido pela empresa Xocós.

3.1.3.3.1. Não consta dos autos os contratos de cessão exclusiva firmados entre os artistas/bandas e seus empresários exclusivos, devidamente registrados em cartório, em afronta ao estabelecido no subitem 9.5.1.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, e que autoriza também a glosa dos valores envolvidos (peça 1, p. 37).

3.1.3.3.2. A afirmação dos responsáveis de que o Ministério do Turismo também exigiu a carta de exclusividade para o dia do evento e que a área técnica desse ministério interpretou o Acórdão 96/2008-TCU-Plenário de forma a admitir a intermediação, não merece prosperar pelos motivos a seguir elencados:

a) não foi cumprido por parte da ASBT a exibição do contrato firmado entre essa associação e o artista/banda ou entre a associação e o empresário exclusivo. Esse é o contrato que deve ser publicado no Diário Oficial da União, conforme disposto no art. 26 da Lei 8.666/1993, sob pena de glosa dos valores envolvidos, nos termos do subitem 9.5.1.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário;

b) admitir que o artista ou banda seja representado por um empresário exclusivo não implica em dizer que está havendo uma intermediação não permitida pela Lei 8.666/1993, descaracterizando a inexigibilidade de licitação, pois no próprio inciso III do art. 25 dessa lei há expressamente essa possibilidade;

c) a empresa Xocós - Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes firmou com a ASBT o Contrato 10/2008 (Contrato 10/2008; peça 1, p. 115-117), cujo objeto foi a apresentação de shows artísticos de Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério Tina Pep e Antônio Feliz no evento denominado 'II Encontro Cultural do Santo Antônio 2008'. Ocorre que não restou demonstrado que essa empresa é a representante exclusiva desses artistas e, por este motivo, a exibição do Contrato 10/2008 não supre a exigência contida no subitem 9.5.1.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário;

d) nenhum dos artistas ou seus empresários exclusivos firmou qualquer tipo de contrato com a ASBT;

e) na ausência do contrato celebrado entre a ASBT e os artistas ou seus empresários exclusivos referenciados nas alíneas 'c' e 'd' anteriores, não há como estabelecer o nexo de causalidade entre o valor pago pela ASBT e a empresa Xocós e o efetivo recebimento por parte dos artistas, pois essas empresas não estão autorizadas para receber em nome delas.

3.1.3.3.3. Para dirimir de uma vez por todas essas questões é importante que se esclareça que o conveniente deveria ter apresentado os seguintes documentos: (a) contrato de exclusividade dos artistas com o empresário exclusivo (subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário); e (b) contrato firmado entre a ASBT e o artista/banda (ou entre a ASBT e o empresário exclusivo), publicado no DOU, conforme art. 26 da Lei 8.666/1993 (subitem 9.5.1.2 do mesmo acórdão). Nenhum desses dois contratos foi apresentado pelos responsáveis.

3.1.3.4. Com relação à afirmação dos defendentes de que o contrato de prestação de serviço firmado pelo conveniente não se equipara ao convênio e, por conta disso, a sua publicação pode ocorrer na imprensa oficial do estado/município ou em jornal de grande circulação, faz-se necessário ressaltar que o contrato que deve ser publicado no Diário Oficial da União é aquele que deveria ter sido firmado entre a ASBT e o empresário exclusivo, a fim de dar embasamento legal à inexigibilidade de licitação e cumprir o que prevê o art. 26 da Lei 8.666/1993 e o subitem 9.5.1.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário. Esse é o contrato que não foi apresentado pelo responsável e que permite que os valores repassados sejam glosados.

3.1.3.5. É importante ressaltar que é correta a afirmação de que a ASBT não tem o poder, legal ou contratual, de determinar como o artista/banda será representado, mas quando essa associação receber recursos públicos federais, deve se amoldar às normas que regem a

matéria, especificamente quando se tratar de contratação por inexigibilidade de licitação, pois essa exige o requisito de inviabilidade de competição.

3.1.3.5.1. Se na contratação de determinada banda ou artista várias empresas intermediárias podem se candidatar e ofertar preço à ASBT, resta desconfigurada a hipótese de inexigibilidade de licitação e foi isso o que ocorreu no caso em questão: a ASBT firmou com a empresa Xocós - Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes o Contrato 10/2008, cujo objeto foi a apresentação de sete artistas para o evento 'II Encontro Cultural do Santo Antônio/2008', realizado no município de Aracaju/SE (peça 1, p. 115-117), sem que essa empresa fosse a representante exclusiva de qualquer um desses artistas. Se a empresa Xocós pode participar do processo de contratação das bandas, então qualquer outra empresa do ramo também poderia fornecer preços em uma cotação e aí restaria configurada a viabilidade de competição. Essa situação deixaria de ocorrer caso não houvesse a participação desse terceiro elemento na cadeia da relação contratual e, nesse caso, restaria configurada a situação de inexigibilidade de licitação.

3.1.3.5.2. Por oportuno, é importante ressaltar que esse entendimento está alinhado com a jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que a glosa se mostra pertinente quando a apresentação do contrato firmado entre a ASBT e o empresário exclusivo das bandas/artistas se dá fora dos moldes previstos no 9.5.1.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, pois sem esse contrato não há como confirmar o nexo de causalidade que deve haver entre o pagamento realizado e o efetivo recebimento do cachê pelas bandas, conforme demonstrado na jurisprudência desse Tribunal, *verbis*:

16. Acerca da previsão, no instrumento do convênio, da pena de glosa dos valores pactuados no caso da não publicação dos contratos de exclusividade no Diário Oficial da União, verifico que houve um equívoco do Ministério do Turismo ao interpretar a seguinte determinação exarada por meio do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário:

‘9.5.1. quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei 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;

9.5.1.2. o contrato deve ser publicado no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos;’ (grifo acrescido).

17. Trata-se de determinações distintas. A primeira, referente à apresentação dos contratos de exclusividade entre os empresários e os artistas, sem os quais a contratação por inexigibilidade de licitação deve ser considerada irregular, situação na qual não há falar na glosa de valores (subitem 9.5.1.1). Já a segunda se refere ao contrato firmado entre a administração pública e o empresário, o qual deve ser publicado no Diário Oficial da União (DOU), sob pena de glosa dos valores envolvidos (subitem 9.5.1.2), conforme evidencia a redação do art. 26 da Lei 8.666/1993, ao qual faz menção a referida determinação:

‘Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.’ (grifos acrescidos).

18. É, portanto, o contrato com o empresário, firmado por inexigibilidade de licitação, que deve ser publicado na imprensa oficial, e é para o descumprimento desse requisito que é prevista a glosa dos valores, a qual nada tem a ver com os contatos de exclusividade com os

artistas. (Voto do Ministro Relator Bruno Dantas - Acórdão 5.662/2014-TCU-1ª Câmara; grifos nossos e originais)

3.1.3.5.3. Em caso semelhante ao aqui tratado, o Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa defende que não resta demonstrado o nexo de causalidade entre as verbas repassadas e a finalidade do convênio, quando o contrato firmado entre o conveniente e o artista ou entre o conveniente e o seu empresário exclusivo não é apresentado na forma prevista no subitem 9.5.1.2 do Acórdão 96/2008-TCU- Plenário, *verbis*:

‘Tais elementos demonstram a ocorrência de pagamento à empresa contratada com recursos da conta específica do Convênio 482/2008, entretanto, não há como se afirmar que os valores pagos à empresa individual Marcos Correia Valdevino foram utilizados na realização do objeto pactuado, tampouco demonstram o nexo de causalidade entre as verbas repassadas e o fim a que elas se destinavam.’ (Voto condutor do Acórdão 4299/2014-TCU-2ª Câmara; grifos nosso)

3.1.3.6. Um dos argumentos aventados pelos responsáveis foi a de que este Tribunal tem admitido como legítimo o pagamento devido a custo de intermediação empresarial de profissionais da área artística e cita como exemplo o Acórdão 2.163/2011-TCU-2ª Câmara. Ocorre que nesse *decisum* o termo ‘intermediação empresarial’ é utilizado para se referir ao empresário exclusivo e não a um terceiro. Não prospera, portanto, o argumento apresentado.

3.1.3.7. Da análise que se fez das alegações de defesa dos responsáveis e assente nos subitens anteriores, pode-se concluir que não restou caracterizada a presença dos requisitos necessários à inexigibilidade de licitação quando da contratação dos artistas Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério Tina Pep e Antônio Felix, pois não foram apresentados os contratos firmados diretamente entre a ASBT e os artistas, ou entre a ASBT e os seus empresários exclusivos, descumprindo, assim, o comando do subitem 9.5.1.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, que prevê a glosa dos valores envolvidos, nem tampouco os contratos de cessão exclusiva firmados entre os artista e os empresários exclusivos, devidamente registrados em cartório, na forma prescrita no subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário. Com isso, resta evidente que os requisitos elencados no art. 8º da Lei 8.443/1992 e no art. 84 do Decreto-lei 200/1967 encontravam-se presentes a fim de autorizar a instauração da tomada de contas especial.

3.1.3.8. Ocorre que no caso específico desse convênio, tem-se que o termo celebrado em 2008 entre o MTur e a ASBT (peça 1, p. 69-87) não dispôs de algumas cláusulas que deveriam trazer o entendimento já assente no Acórdão 96/2008-TCU-Plenário (data da sessão: 30/1/2008), posto que ele foi prolatado em data anterior à de celebração do convênio em apreço, que se deu em 4/8/2008 (peça 1, p. 87).

3.1.3.8.1. A cláusula a que se refere o subitem anterior, e que foi acrescentada como obrigação do conveniente em convênios posteriores celebrados pelo MTur, refere-se à obrigação deste de apresentar, na prestação de contas, quando da contratação de artistas consagrados por meio de intermediários ou representantes, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993, a cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório, sob pena de glosa dos valores envolvidos. Ressaltando, também, que esse 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 96/2008-TCU-Plenário.

3.1.3.8.2. A ausência da cláusula referenciada no subitem anterior no convênio em apreço, mostra-se como atenuante da conduta dos responsáveis, pois àquela época o órgão concedente ainda não tinha exigido dos convenientes, nos termos dos convênios celebrados, a apresentação dos contratos de exclusividade dos artistas com o empresário exclusivo, na forma prevista no subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, nem tampouco o contrato firmado entre a ASBT e o artista/banda (ou entre a ASBT e o empresário exclusivo), publicado no DOU, conforme art. 26 da Lei 8.666/1993 (subitem 9.5.1.2 do mesmo acórdão).

3.1.3.8.3. A exigência contida na alínea 'bb' do inciso II da Cláusula Terceira do termo do Convênio 1151/2008 (Siafi 630492; peça 1, p. 73) não indica de forma específica os requisitos insertos no subitem 9.5.1 do acórdão supramencionado, quando da contratação de artistas e bandas com recursos públicos federais, por meio de intermediários ou representantes.

3.1.3.8.4. Outra cláusula que não foi inserida no convênio em apreço, refere-se à obrigação do conveniente de encaminhar ao concedente o documento comprobatório do efetivo recebimento do cachê por parte dos artistas e/ou bandas, emitidos pelos contratantes dos mesmos.

CONCLUSÃO

4. Considerando que não se pode afirmar que o valor pago à empresa Xocós – Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes, que não é empresária exclusiva de nenhum dos artistas Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério, Tina Pep e Antônio Félix, foi efetivamente utilizado na realização do objeto pactuado, tampouco foram demonstrados o nexo de causalidade entre as verbas repassadas e o fim a que elas de destinavam.

4.1. Considerando que a contratação da empresa Xocós – Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes por inexigibilidade de licitação, quando ausente o requisito de inviabilidade de competição, ocorreu em afronta ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e ao subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário.

4.2. Considerando que foi desatendido o subitem 9.5.1.2 deste mesmo acórdão, pois não consta dos autos a comprovação de que houve a publicação no Diário Oficial da União do contrato firmado por inexigibilidade de licitação entre a ASBT e os artistas Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério, Tina Pep e Antônio Félix, ou com seus empresários exclusivos.

4.3. Considerando que a ausência de cláusulas específicas no Convênio 1151/2008 (Siafi 630492), referente às orientações constantes do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, pode ser considerada como circunstância atenuante da conduta dos responsáveis, conforme mencionado no subitem 3.1.3.8 desta instrução.

4.4. Pelos motivos elencados nos parágrafos anteriores, entende-se que as alegações de defesa dos responsáveis devem ser rejeitadas e as suas contas devem ser julgadas irregulares, sem imputação de débito, com fundamento no art. 16, inciso III, alínea 'b', da Lei 8.443/1992, condenando-os ao pagamento da multa prevista no art. 58, inciso I, desta mesma lei.

4.5. A responsabilização do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto adveio das seguintes condutas: (a) contratação indevida da empresa Xocós - Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes por inexigibilidade de licitação, quando ausente o requisito de inviabilidade de competição, em afronta ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e ao subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário; (b) não atendimento ao subitem 9.5.1.2 deste mesmo acórdão, pois não consta dos autos a comprovação de que houve a publicação no Diário Oficial da União do contrato firmado por inexigibilidade de licitação entre a ASBT e o empresário dos artistas Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério, Tina Pep e Antônio Félix.

4.6. A responsabilização da ASBT decorreu do não atendimento à alínea 'bb' do inciso II da Cláusula Terceira, pois na condição de conveniente tinha obrigação de apresentar os contratos de exclusividade dos artistas que se apresentaram no evento, na forma preconizada no subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

5. Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo:

5.1. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'b', da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19, parágrafo único, e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209,

inciso II, e 214, inciso III, do Regimento Interno, julgar irregulares as contas do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto (CPF 310.702.215-20), presidente da ASBT, e da Associação Sergipana de Blocos de Trio (CNPJ 32.884.108/0001-80), sem imputação de débito, aplicando-lhes a multa individual prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a' do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

5.2. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida à notificação;

5.3. autorizar, desde logo e caso solicitado, o pagamento da dívida do responsável, em até 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do RI/TCU, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovar perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovar os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

5.4. encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentarem, ao Ministério do Turismo;

5.5. autorizar, com fundamento no art. 169, inciso III, do RI/TCU, a Secex/SE a proceder ao arquivamento do presente processo após as comunicações processuais cabíveis, o trânsito em julgado do Acórdão a ser proferido e a instauração de cobrança executiva, se necessária.”

3. O Ministério Público junto a este Tribunal (MP/TCU), representado pelo Procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé, manifestou-se de acordo com as propostas da Secex-SE, nos termos do parecer de peça 23 a seguir reproduzido:

“2. No âmbito deste Tribunal, foi realizada a citação, em solidariedade, da organização não governamental (ONG) conveniente e de seu presidente, em decorrência de não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais, em face da impugnação total das despesas do convênio.

3. De modo específico, foram questionadas duas situações:

a) contratação indevida da sociedade Xocós - Associação Sergipana de Autores e Intérpretes Musicais Independentes por inexigibilidade de licitação, quando ausente o requisito de inviabilidade de competição, em afronta ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e ao subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário;

b) não atendimento ao subitem 9.5.1.2 do mencionado acórdão, pois não consta dos autos a comprovação de que houve a publicação no Diário Oficial da União (DOU) do contrato firmado por inexigibilidade de licitação entre a ASBT e o empresário dos artistas Chico Queiroga, Gladston Rosa, Pedro Madar, Jhonatas Freitas, Antônio Rogério, Tina Pep e Antônio Félix.

4. A Secretaria de Controle Externo em Sergipe (Secex/SE) sugeriu o julgamento pela irregularidade das contas da ONG e de seu dirigente-máximo, sem imputação de débito, mas com aplicação, de modo individual, da multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992.

5. Manifesto minha concordância com relação à proposta da Secex/SE.

6. Inicialmente, verifiquemos que o órgão repassador dos recursos atestou a execução física do objeto do convênio, a partir de supervisão “*in loco*” realizada no Município de Aracaju, nos termos do expediente à peça 1 (p. 93-95), datado de 11/8/2008. Nesse documento, para a pergunta “*As etapas/fases foram executadas de acordo com a quantidade e períodos programados conforme Plano de Trabalho aprovado?*” foi fornecida a seguinte resposta pelo

técnico do MTur: “*Foi seguida toda a programação do plano de trabalho*” (peça 1, p. 94 - grifo do original).

7. Restaram na TCE as seguintes irregularidades, que não foram esclarecidas nas alegações de defesa dos responsáveis:

a) contratação dos artistas que se apresentaram no evento pela sociedade Xocós, que não era empresária exclusiva de nenhum deles, em afronta ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e ao subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário;

b) não publicação no DOU do contrato firmado entre a ASBT e o empresário exclusivo dos artistas ou diretamente com os artistas, conforme prevê o subitem 9.5.1.2 do referido acórdão.

8. Nenhuma documentação capaz de afastar essas irregularidades foi acostada aos autos pelos responsáveis citados na TCE. Assim, as alegações de defesa devem ser rejeitadas, com o consequente julgamento pela irregularidade das contas da ONG e de seu presidente.

9. Assiste razão à Secex/SE quando sugere a não imputação de débito à ASBT e ao Sr. Lourival Neto, sem prejuízo da aplicação de sanção individual a ambos. O afastamento do débito deve-se aos seguintes motivos:

a) houve o atesto da execução física do objeto do convênio por parte do órgão concedente;

b) não há nos autos informações quanto ao cachê pagos aos artistas pela sociedade Xocós, o que impossibilita a averiguação de possível pagamento a menor dos cachês em relação ao que foi repassado pela ASBT a essa sociedade;

c) não houve esclarecimento à entidade convenente, no bojo do termo de convênio (peça 1, p. 69-87), sobre as regras traçadas pelo Tribunal por meio do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, cujos trechos de interesse transcrevo a seguir:

9.5. determinar 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 inexistência prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, 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**;

9.5.1.2. o contrato deve ser publicado no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos;

(...) (grifos nossos)

10. Verifiquei que não foi feita remissão, no termo do convênio, assinado em 4/8/2008, quanto à necessidade de observância, por parte do convenente, do acórdão supratranscrito, prolatado em sessão de 30/1/2008. A única referência indireta relacionada às regras disciplinadas por meio do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário foi feita do seguinte modo no referido termo:

CLÁUSULA TERCEIRA - DAS OBRIGAÇÕES DOS PARTICIPES

(...)

II. Compete à **CONVENENTE**:

(...)

bb) registrar no SICONV eventuais **contratos de exclusividade de artistas com empresários a serem contratados no âmbito deste Convênio**, quando for o caso;

(peça 1, p. 73 - grifos nossos e do original)

11. Nota-se, portanto, que não foi dirigida à ONG conveniente uma orientação clara de quais deveriam ser os procedimentos a serem por ela adotados na execução do ajuste, a fim de se conformar às mencionadas exigências do TCU. Essa falha decorreu do não cumprimento do *caput* do item 9.5 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário por parte do órgão concedente.

12. Diante do exposto, este membro do Ministério Público de Contas reitera sua concordância com a proposta da Secex/SE.

É o relatório.