

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo (MTur) em desfavor do ex-prefeito de Paraíso de Tocantins/TO, Sebastião Paulo Tavares (gestão: 2009-2012), diante de irregularidades na execução das despesas inerentes ao Convênio nº 205, de 23/4/2010, destinado à realização do evento “Paraíso da Folia”, em 24/4/2010, contando, para tanto, com o repasse de recursos federais no valor de R\$ 200.000,00, em 24/6/2010.

2. No âmbito do TCU, o responsável foi citado para apresentar as suas alegações de defesa para as irregularidades com dando ao erário pelo valor integralmente repassado ao ente municipal, em consonância com o ofício citatório acostado à Peça nº 11, na seguinte linha:

“(...) irregularidades na execução financeira do objeto atinente à realização do evento intitulado ‘Paraíso da folia’, realizado em 24/04/2010, considerando a análise técnica da execução financeira inserida na Nota Técnica de Reanálise (MTur) 547/2013, de 16/9/2013, e tendo em vista os apontamentos constantes no RELATÓRIO DE DEMANDAS EXTERNAS (RDE) nº 00226.000079/2011-95 – CGU e na Nota Técnica nº 2590/2013/DRTES/DR/SFC/CGU-PR, de 20/11/2013, que são assim apresentados: Improriedade na formalização da licitação e inexistência de no mínimo três propostas válidas na licitação; Contratação de serviços por preços superiores aos de mercado; Contratação indevida de empresa para intermediação e contratação dos shows artísticos objeto do convênio; Aplicação indevida de inexigibilidade de licitação na contratação; Contratação de empresa sem comprovação de capacidade técnica para a prestação de serviços locação de palco, som e iluminação e subcontratação ilegal dos serviços; Inexistência de comprovação de recebimento de cachê por parte dos artistas contratados para os shows do evento Paraíso Folia na prestação de contas do Município, contrariando-se a Portaria Interministerial 127/2008, os arts. 7º e 25 da Lei 8.666/93 e o Acórdão 96/2008 - TCU/Plenário.”

3. Em resposta à referida citação, o responsável acostou a sua defesa à Peça nº 13 e, após a devida análise do feito, a Secex/ES se manifestou *“(...) pela rejeição das alegações apresentadas pelo responsável, porque a defesa não logrou descaracterizar as irregularidades que lhes estão sendo imputadas, em razão de não demonstrar o nexo causal entre os recursos públicos federais repassados ao município e a documentação apresentada a título de prestação de contas do Convênio CV 0205/2010 (Siafi 732639), que confirme, de forma efetiva, a regularidade dos gastos efetuados frente ao termo pactuado (...)”*, propondo, assim, a irregularidade das contas do responsável, para condená-lo ao pagamento do débito pelo valor total transferido à municipalidade, além de lhe aplicar a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

4. A despeito de concordar com a rejeição das alegações de defesa aduzidas pelo responsável, o MPTCU discordou do valor atribuído ao débito, anotando, para tanto, que, em casos semelhantes, a jurisprudência do TCU teria admitido a condenação apenas parcial em relação ao valor do dano ao erário. E, assim, o **Parquet** especial propôs a adequação do valor do débito e, conseqüentemente, do valor da multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, sugerindo em acréscimo, contudo, a aplicação da multa prevista no art. 58 do mesmo diploma legal.

5. Incorporo os pareceres da Secex/ES a estas razões de decidir, sem prejuízo de tecer as considerações que se seguem.

6. Como visto, a partir do referido convênio foram celebrados dois contratos, tendo sido apontadas irregularidades em ambos os contratos.

7. Um desses contratos foi celebrado com a Negreiros & Negreiros Ltda., por meio de inexigibilidade de licitação, no valor de R\$ 130.000,00, para a intermediação com a contratação dos correspondentes **shows** artísticos, ao tempo em que o outro contrato foi celebrado com a Pró 2 Produções e Estruturas para Eventos Ltda., a partir da Carta Convite nº 14/2010, no valor de R\$ 78.333,00, para a prestação de serviços de infraestrutura.

8. Na contratação da Negreiros & Negreiros Ltda., foram arguidas as seguintes falhas: i) indevida contratação da empresa para a intermediação da contratação dos **shows** artísticos inerentes ao convênio; ii) indevida aplicação da inexigibilidade de licitação na contratação; e iii) inexistência de comprovação do recebimento dos cachês por parte dos artistas contratados para os **shows** no evento Paraíso Folia, por ocasião da prestação de contas do ajuste.

9. Por sua vez, na contratação da Pró 2 Produções Ltda., foram apontadas as seguintes falhas: i) inconsistências na formalização do convite e inexistência de no mínimo três propostas válidas na licitação; ii) contratação de serviços por preços superiores aos de mercado; e iii) contratação de empresa sem a comprovação da capacidade técnica para a prestação dos serviços de locação de palco, som e iluminação, além da ilegal subcontratação dos serviços junto à empresa Live Show (Fujisom).

10. Em sua defesa, o responsável alegou, em síntese, que: i) pairaria nos autos a ilegitimidade passiva do responsável; ii) sobressairia a legalidade da subcontratação antecipada da empresa Live Show pela empresa Pró 2 Produções Ltda.; iii) inexistiria o apontado sobrepreço decorrente da subcontratação da empresa Live Show; iv) teria havido o cumprimento das formalidades legais para a contratação da Negreiros & Negreiros Ltda. por inexigibilidade da licitação; v) teria havido a aprovação da prestação de contas final do convênio pelo concedente; e vi) seria indispensável a análise do elemento subjetivo (dolo e culpa) para a configuração de improbidade administrativa.

11. Bem se sabe que a jurisprudência do TCU é firme no sentido da responsabilidade pessoal do gestor pela comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais recebidos mediante convênio ou instrumentos congêneres, submetendo-se todo aquele que administra recursos públicos ao dever constitucional e legal de demonstrar o correto emprego dos valores federais, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição de 1988 e do art. 93 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (v.g.: Acórdãos 225/2000, 27/2004 e 1.569/2007, da 2ª Câmara; e Acórdãos 11/1997, 1.659/2006 e 59/2009, do Plenário).

12. Por conseguinte, a ausência de elementos capazes de demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos federais transferidos, diante da utilização dos recursos públicos em desacordo com as normas aplicáveis e da ausência do necessário nexos causal entre os recursos federais aportados e as despesas incorridas no ajuste, configura a ofensa não só às regras legais, mas também aos princípios basilares da administração pública, já que, ao final e ao cabo, o gestor deixa de prestar satisfação à sociedade sobre o efetivo emprego dos recursos públicos postos à sua disposição, dando ensejo, inclusive, à presunção legal de integral dano ao erário, em face do desperdício dos valores públicos ou mesmo do desvio dos recursos federais destinados ao empreendimento.

13. Não deve prosperar, então, a alegação de ilegitimidade passiva articulada pelo ex-prefeito, já que, por determinação constitucional e legal, a ele competia comprovar a boa e regular gestão dos recursos federais, na condição de signatário do aludido convênio e dos decorrentes contratos.

14. De igual modo, a mera alegação de supostamente ter agido com respaldo em pareceres técnicos e/ou jurídicos não tem força para justificar a prática do ato manifestamente irregular, uma vez que ao gestor cabia, em última instância, decidir sobre a prática dos seus atos administrativos, aí incluídos, principalmente, os atos concernentes às contratações com a geração de pagamentos (v.g.: Acórdão 2.540/2009, da 1ª Câmara, Acórdão 2.753/2008, da 2ª Câmara, e Acórdão 1.801/2007, do Plenário).

15. Por essa linha, é sempre bom lembrar do ensinamento registrado no Acórdão 1.685/2007-TCU-2ª Câmara, quando o ilustre Ministro-Relator Benjamin Zymler fez anotar que: *“O agente público responsável pela homologação do procedimento licitatório confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação, proclama sua conveniência e exaure a competência discricionária sobre o tema. Assim, ao anuir aos pareceres, este também se responsabiliza, visto que a ele cabe arguir qualquer falha na condução do procedimento.”*

16. Anote-se, nesse ponto, que a fixação da legitimidade passiva do responsável no presente processo não constitui juízo de valor sobre a concorrência, ou não, da responsabilidade de outros gestores em relação aos ilícitos detectados nos autos, não se mostrando necessário, assim, o retorno do

processo para a suposta busca da responsabilização solidária desses gestores, no presente momento, não só porque o presente feito já se encontra em avançado estágio processual, mas também porque a solidariedade passiva é legalmente instituída em benefício do credor, e não do devedor (v.g.: Acórdão 864/2009, do Plenário; Acórdãos 2.917/2006 e 4.192/2011, da 1ª Câmara; e Acórdãos 10.560/2011, 11.151/2011, 11.437/2011, 206/2012, da 2ª Câmara).

17. Também não merece prosperar a mera alegação de que não haveria “qualquer restrição à subcontratação do objeto do certame no Edital de Licitação, tampouco no Contrato firmado pelo município”, já que, ao autorizar a subcontratação parcial “da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido”, o art. 72 da Lei de Licitações acabou por vedar a subcontratação integral do objeto.

18. Cite-se, nesse sentido, o Acórdão 834/2014-TCU-Plenário, sob a minha relatoria, quando fiz registrar que: “a subcontratação deve ser tratada como exceção. Só é admitida a subcontratação parcial e, ainda assim, desde que demonstrada a inviabilidade técnico-econômica da execução integral do objeto por parte da contratada, e que haja autorização formal do contratante.”

19. Contudo, no presente caso concreto, a aludida subcontratação sequer foi acompanhada da devida justificativa sobre a eventual inviabilidade técnico-econômica de execução do objeto por parte da contratada, restando evidenciado nos autos, a partir da constatação de que a subcontratação se deu por valores expressivamente inferiores aos originais, que a Pró 2 Produções e Estruturas para Eventos Ltda. atuou como mera atravessadora para a subsequente contratação da Live Show, como verdadeira executora dos serviços.

20. Bem se vê, assim, que o ente municipal poderia ter obtido os mesmos serviços por valores mais reduzidos, ficando por aí também demonstrada a ocorrência do sobrepreço e evidenciado o total desinteresse na realização do certame para o alcance da proposta mais vantajosa em prol da administração pública.

21. Por conseguinte, em linha com a predominante jurisprudência do TCU, o presente caso concreto evidencia a ocorrência de irregularidade com dano ao erário pelo valor total repassado ao ente federado, uma vez que, conforme ressaltado pela unidade técnica, não houve a demonstração do necessário nexos causal entre os recursos federais repassados e as despesas incorridas no objeto conveniado (v.g.: Acórdão 1.792/2009, do Plenário, e Acórdãos 126/2009, 1.019/2009, 1.537/2009, 3.589/2009 e 4.443/2014, da 1ª Câmara).

22. De todo modo, peço licença para deixar de acolher a proposta do MPTCU, no sentido de cumular as sanções previstas nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.443, de 1992, tendo em vista que, no presente caso concreto, a multa do artigo 57 merece absorver a multa do aludido artigo 58.

23. Por seu turno, no tocante à inicial aprovação da prestação de contas final do convênio pelo concedente, mostram-se plenamente adequadas as ponderações da Secex/ES no sentido de que a decisão do TCU não fica vinculada à sugestão do órgão concedente, em seu parecer.

24. Do mesmo modo, mostram-se adequadas as anotações da unidade instrutiva sobre a improcedência das alegações quanto à suposta indispensabilidade da análise do elemento subjetivo (dolo e culpa) para a configuração de improbidade administrativa, até porque o processo de controle externo financeiro promovido pelo TCU não cuida da prática desses ilícitos, vez que isso compete ao Poder Judiciário sob o enfoque da Lei nº 8.429, de 1992, em nada se confundindo com o processo regido pela Lei nº 8.443, de 1992.

25. Já no que concerne à superficialidade nas análises realizadas pelo Ministério do Turismo, diante da extrema proximidade entre as datas de celebração do ajuste (23/4/2010), de realização do objeto (24/4/2010) e de transferência dos recursos federais (24/6/2010), o MPTCU bem lembrou que a responsabilidade dos gestores do MTur pela celebração desses convênios (com o cronograma de execução incompatível perante o período de realização do evento e a intempestividade na liberação dos recursos federais) já está sendo apurada no âmbito do TC 017.014/2014-0, de tal modo que se deve promover a juntada de cópia da presente deliberação a esse processo, com o intuito de contribuir para o melhor desenlace das apurações.

26. Anote-se, enfim, que as notificações neste processo deverão ser dirigidas diretamente ao responsável, e não ao seu representante, a despeito de a defesa apresentada (Peça nº 13) estar subscrita por advogado, já que a necessária procuração não foi acostada aos autos; devendo-se salientar, contudo, que o aludido vício na representação do interessado não resultou em prejuízo à defesa da parte, haja vista a integral análise pela unidade instrutiva dos argumentos acostados à Peça nº 13, de tal sorte que, no presente momento, se mostra dispensável a adoção da providência prevista no art. 145, § 1º, do RITCU.

27. De mais a mais, não se vislumbra, no presente caso concreto, a prescrição da pretensão punitiva do TCU, haja vista que não houve o transcurso de mais de dez anos entre a ordem para a citação no âmbito do TCU, em 8/8/2016 (Peça nº 10), e a data fatal para a prestação de contas do ajuste, em 29/7/2010 (Peça nº 1, fls. 45 e 52), nos termos do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

28. Em linhas gerais, por meio do Acórdão 1.441/2016-Plenário proferido na Sessão Extraordinária do dia 8/6/2016, o TCU firmou o seu entendimento no sentido de que a prescrição da pretensão punitiva deve seguir a regra geral do prazo decenal, contado a partir do fato, em linha com o art. 205 do Código Civil brasileiro, interrompendo-se a contagem do aludido prazo com a ordem de citação, nos termos do art. 240, **caput**, do Código Processual Civil (Lei nº 13.105, de 2015).

29. De toda sorte, sem prejuízo do respeito a esse entendimento do Tribunal, reitero a minha ressalva já registrada em vários outros julgados do TCU, no sentido de que, na ausência de lei específica, o TCU não deveria aplicar qualquer prazo prescricional sobre a referida pretensão punitiva ou, então, na pior das hipóteses, o Tribunal deveria aplicar a regra prescricional contida na Lei nº 9.873, de 1999, não só porque ela trata diretamente de prescrição no âmbito do direito administrativo sancionador, mas também porque, entre outras medidas, a aludida lei manda aplicar o prazo prescricional penal, quando a infração administrativa também configure crime, além de determinar expressamente que, no caso de ilícito continuado ou permanente, a contagem do prazo se inicie no dia em que o ilícito tiver cessado.

30. Por conseguinte, ao tempo em que registro essa minha posição pessoal, pugno pela aplicação da multa legal ao responsável, submetendo-me, pois, ao entendimento fixado pelo TCU no âmbito do aludido Acórdão 1.441/2016-Plenário.

31. Entendo, portanto, que o TCU deve julgar irregulares as contas do responsável para lhe imputar o débito pelo valor integralmente repassado ao município, além de lhe aplicar a multa legal.

Ante o exposto, proponho que seja prolatado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro, em 9 de maio de 2017.

Ministro-Substituto ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator