

GRUPO I – CLASSE II – Primeira Câmara
TC 033.682/2015-1

Natureza: Tomada de Contas Especial

Entidade: Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT)

Responsáveis: Associação Sergipana de Blocos de Trio (32.884.108/0001-80); I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda (09.661.123/0001-48); Lourival Mendes de Oliveira Neto (310.702.215-20)

Representação legal: André Silva Vieira, OAB/SE 2663 e outros (BVA Bispo Vieira Alvares Sociedade de Advogados - CNPJ 07.751.821/0001-09), representando a I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. PROMOÇÃO DO TURISMO. EVENTO FESTIVO REGIONAL. EVIDENCIAÇÃO DE SUPERFATURAMENTO. DIFERENÇA ENTRE OS VALORES PAGOS À EMPRESA INTERMEDIÁRIA E OS PAGOS À BANDA/ARTISTAS. CITAÇÃO. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DO GESTOR, DA INSTITUIÇÃO CONVENIENTE E DA EMPRESA INTERMEDIÁRIA. CONTAS IRREGULARES. SOLIDARIEDADE. DÉBITO. MULTA.

RELATÓRIO

Trata-se 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 não aprovação da prestação de contas, por impugnação total das despesas, do Convênio 897/2009, celebrado com essa associação, e que teve por objeto o incentivo ao turismo por meio do apoio ao projeto intitulado “Festa do Agricultor/2009”, realizado em Itabaiana/SE, no período de 28 a 30 de agosto de 2009.

2. Reproduzo, com ajuste de forma, a instrução do auditor da então Secex-SE (peça 45), que contou com a anuência do diretor e do titular da secretaria (peças 46 e 47).

“HISTÓRICO

2. De acordo com os termos do convênio, foram previstos R\$ 217.960,00 para a execução do objeto, dos quais R\$ 200.000,00 a cargo do concedente e R\$ 17.960,00 de contrapartida do conveniente (peça 1, p. 44). Os recursos federais foram repassados mediante a Ordem Bancária 2009OB801820, datada de 25/11/2009 (peça 1, p. 79).

2.1 Inicialmente o ajuste vigeu até 30/10/2009 (peça 1, p. 43-44) e a prestação de contas foi apresentada ao MTur pelo presidente da ASBT, conforme informação constante do documento de peça 1, p. 83, datado de 11/12/2009.

2.2 Conforme Plano de Trabalho aprovado, os recursos seriam destinados ao pagamento de cachês e comerciais em rádio e TV, conforme se segue (peça 1, p. 13-14):

DESCRIÇÃO	VALOR (R\$)
32 comerciais na TV	28.000,00
Oitenta inserções na rádio	4.960,00
Adelmário Coelho	55.000,00

Lairton e seus Teclados	30.000,00
Banda Xote e Baião	10.000,00
Roby e Ronner	10.000,00
Forró dos Plays	70.000,00
Erivaldo de Carira	10.000,00
TOTAL	217.960,00

2.3 O concedente dos recursos realizou supervisão in loco no evento nos dias 28 e 29/8/2009, conforme relatório à peça 1, p. 58-74, onde consta que, na madrugada do dia 28 para o dia 29/8/2009, houve a apresentação das bandas Lairton e seus Teclados, Forró dos Plays e Roby e Ronner, e na madrugada do dia seguinte, houve a apresentação das bandas Erivaldo da Carira, Adelmário Coelho e Xote e Baião.

2.4 Anexou-se aos autos ainda cópia do Relatório de Demandas Externas (RDE) 0224.001217/2012-54 (peça 2, p. 38-83), elaborado pela Controladoria-Geral da União, que apontou as seguintes constatações referentes ao convênio em epígrafe:

a) contratação irregular das bandas Forró dos Plays, Lairton e seus Teclados, Roby e Ronner, Xote e Baião, Adelmário Coelho e Erivaldo da Carira mediante o processo de Inexigibilidade de Licitação 48/2009, por meio da empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. (CNPJ 09.661.123/0001-48), que atua como intermediária, não possuindo, portanto, a exclusividade exigida pelo art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 (peça 2, p. 71-78);

b) ausência de justificativa de preços na Inexigibilidade de Licitação 48/2009 realizada pela ASBT, em afronta ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993 e ao subitem 9.1.3 do Acórdão 819/2005-TCU-Plenário (peça 2, p. 78-80);

c) divergência entre os valores contratados pela ASBT com a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. e os efetivamente recebidos a título de cachê por duas das bandas contratadas para o evento em apreço, ocasionando dano ao Erário no montante de R\$ 39.000,00, conforme tabela a seguir (peça 2, p. 80-83):

BANDAS/ARTISTAS	VALOR INFORMADO DO CACHÊ (R\$)		DIFERENÇA DE CACHÊ (R\$)
	PELA ASBT	PELO REPRESENTANTE DA BANDA	
Erivaldo de Carira	10.000,00	3.000,00	7.000,00
Adelmário Coelho	55.000,00	23.000,00	32.000,00
TOTAL (GERAL)	65.000,00	26.000,00	39.000,00

2.5 Em 22/9/2014, o MTur elaborou a Nota Técnica de Reanálise Financeira 514/2014 (peça 2, p. 87-92), na qual consta que a execução do objeto foi aprovada com ressalvas e a execução financeira reprovada, com base na revisão da prestação de contas, que foi motivada pelo Relatório de Demandas Externas 0224.001217/2012-54 da CGU à peça 2, p. 38-83. Foram considerados reprovados os seguintes itens:

a) a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. foi contratada pela ASBT por inexigibilidade de licitação, sem que essa empresa fosse a representante exclusiva das bandas Forró dos Plays, Lairton e seus Teclados, Roby e Ronner, Xote e Baião, Adelmário Coelho e Erivaldo da Carira, em afronta ao inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993, ao subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, ao Memorando 196/2012/AECI/MTur e à Nota Técnica 2531/GSNOR/SFC/CGU/PR (peça 2, p. 89);

b) contratação de serviço de divulgação junto à empresa Televisão Atalaia Ltda. (CNPJ 13.079.397/0001-09) por inexigibilidade de licitação, fundamentada no caput do art. 25 da lei 8.666/1993, quando o inciso II deste mesmo artigo veda a inexigibilidade para 'serviços de publicidade e divulgação' (peça 2, p. 89);

c) fracionamento na contratação do serviço de divulgação junto à empresa Ilha Comunicação Ltda. (CNPJ 04.092.206/0001-40), pois apesar de ter sido realizada prévia cotação de preço, esse serviço deveria ter sido contratado juntamente com aquele mencionado na alínea 'b' anterior (peça 2, p. 89);

d) não houve justificativa do preço pago às atrações artísticas, pois existe essa obrigatoriedade mesmo nos casos de inviabilidade de competição, conforme reza o inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993 (peça 2, p. 90);

e) não comprovação da gratuidade do evento (peça 2, p. 90).

2.6 Após o esgotamento das medidas administrativas no âmbito interno, mediante notificações emitidas ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e à ASBT, os quais não sanaram as pendências apontadas nem recolheram aos cofres públicos a importância impugnada (peça 2, p. 111-112), o MTur elaborou o Relatório do Tomador de Contas Especial 248/2015, que apontou a ocorrência de prejuízo ao erário, oriundo de irregularidade na execução financeira do objeto do convênio em apreço, com dano representado pelo total dos recursos repassados, no montante de R\$ 200.000,00 (peça 2, p. 109-113). Foram apontados como responsáveis solidários o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e a ASBT.

3. Na instrução precedente (peça 6), após o exame das informações constantes do processo, a Unidade Técnica concluiu que os responsáveis não lograram êxito em elidir as irregularidades apontadas pelo Ministério do Turismo, conforme mencionado na Nota Técnica de Reanálise Financeira 514/2014 (peça 2, p. 87-92).

3.1 Destacou a Unidade Instrutiva que o convênio ora em exame foi alvo de fiscalização por parte deste Tribunal realizada na ASBT, com vistas a verificar a conformidade legal das transferências voluntárias do MTur feitas a esta associação no período de 2008 a 2010 (TC 014.040/2010-7). As irregularidades encontradas pela equipe de fiscalização na condução desse ajuste foram as seguintes:

a) inexistência de análises detalhadas de custo do objeto conveniado (peça 4, p. 12-14);

b) ausência de numeração e rubrica nas páginas do processo administrativos (peça 4, p. 25-26);

c) não foram apresentados os contratos de exclusividade das bandas que foram contratadas para participar do evento, conforme dispõe o subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário (peça 4, p. 28-35);

d) a carta de exclusividade da banda Lairton e seus Teclados foi assinada por Gilmar Medeiros de Oliveira que não é seu empresário exclusivo, pois no Contrato de Cessão Exclusiva aparece o nome da Sra. Gilmara Oliveira de Queiroz (peça 4, p. 28-35);

e) ausência da data de assinatura dos Contratos 75/2009 e 76/2009 (peça 4, p. 42-44);

f) falta de comprovação da publicidade de contrato firmado pela ASBT, em ofensa ao subitem 9.5.1.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário (peça 4, p. 44-46).

3.2 Com base nas irregularidades descritas no subitem anterior foram propostos no TC 014.040/2010-7 os seguintes encaminhamentos: audiências para as alíneas 'c', 'd', 'e' e 'f') e alertas para as alíneas 'a' e 'b'). A proposta de conversão do relatório de auditoria em tomada de contas especial e de realização das citações e audiências requeridas foram acatadas pelo Ministro-Relator, notadamente em consequência da ocorrência de indícios de malversação de recursos públicos em outros convênios fiscalizados juntamente com o Convênio 897/2009 (Siconv 704584), conforme consta do seu Voto às peças 1, p. 140-142, e 2, p. 1-3.

3.3 Cabe destacar que a análise feita no convênio em apreço por parte da equipe de auditoria deste Tribunal, no bojo do TC 014.040/2010-7, não resultou em proposta de imputação de débito aos responsáveis, mas apenas a necessidade de realização de audiência e alertas.

3.4 O referido processo foi convertido em TCE sob o número TC 009.888/2011-0, e teve o julgamento de mérito no dia 1º/4/2014, mediante prolação do Acórdão 1.254/2014-TCU-2ª Câmara, que foi publicado no Diário Oficial da União no dia 4/4/2014 (páginas 165-166).

3.5 Nessa decisão, houve imputação de multa ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto pelo cometimento das irregularidades mencionadas nas alíneas 'c', 'd', 'e' e 'f' da proposta contida no TC 014.040/2010-7, conforme consta do subitem 9.4 do referido acórdão. Ocorre que novas irregularidades foram trazidas aos autos por meio do Relatório de Demandas Externas (RDE) 0224.001217/2012-54 e da Nota Técnica de Reanálise Financeira 514/2014, necessitando serem melhor aprofundadas, pois são distintas daquelas já tratadas no TC 014.040/2010-7, e alguma delas indicam a ocorrência de dano ao Erário.

3.6 Destacou ainda a instrução de peça 6 que não se encontravam anexados aos autos os documentos que embasaram o apontamento das irregularidades descritas na Nota Técnica de Reanálise Financeira 514/2014 e no Relatório de Demandas Externas 00224.001217/2012-54, informações necessárias ao saneamento do processo.

3.7 Nesse sentido, sugeriu-se a realização de diligência junto à Controladoria-Geral da União em Sergipe e à Secretaria Executiva do Ministério do Turismo para o envio a este Tribunal dos papéis de trabalho que deram sustentação às irregularidades apontadas na referida nota técnica e no mencionado relatório.

4. A Secretaria Executiva do Ministério do Turismo e a Controladoria Regional da União em Sergipe foram notificados das diligências, por meio dos Ofícios 0445 e 0444/2016-TCU/Secex-SE, de 31/5/2016 (peças 8 e 9), respectivamente.

5. As informações encaminhadas em resposta às diligências, foram examinadas na instrução de peça 17. Nesse exame, em síntese, observou-se o que se segue.

5.1 A partir das diligências realizadas, foram obtidas as cartas/declarações de exclusividade dos empresários e/ou proprietários das bandas 'Erivaldo de Carira', 'Lairton e seus Teclados', 'Forró dos Plays', 'Roby & Ronner', 'Xotebaião', 'Adelmário Coelho', para a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. (peça 13, p. 3-8); para a realização do evento em referência.

5.2 Essas cartas ou declarações de exclusividade, no entanto, foram precárias, uma vez que apenas indicavam que a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. tinha o direito de comercializar o show para o evento 'Feira do Agricultor/2009' e em data específica. Assim, esses documentos não concediam, de fato, a exclusividade prevista no item 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário.

5.3 De posse dessas supostas exclusividades das bandas, a ASBT e a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. firmaram o Contrato 74/2009 para a prestação de serviços de contratação de bandas para se apresentarem no evento 'Festa do Agricultor/2009' (peça 13, p. 59-63). Ou seja, houve uma intermediação da empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., que recebeu exclusividade dos representantes das bandas e a repassou para a ASBT. A contratação da ASBT deveria se dar com os empresários exclusivos de cada banda, e não com uma empresa intermediária, em ofensa ao que prevê o subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário.

5.4 A contratação de empresas intermediárias, que não representam as bandas/artistas, ocasiona, ao menos, duas consequências nefastas à execução do convênio: a primeira delas é o aumento do valor a ser pago pela apresentação do artista, quando comparado com o valor que ele cobraria se fosse contratado diretamente ou por meio do seu empresário exclusivo, já que nesse caso existe um intermediário que vai ser remunerado pelo seu trabalho; a segunda é o desvirtuamento do comando insculpido no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, pois a exclusividade para a apresentação do artista em uma determinada data não se confunde com a do empresário que o representa.

5.5 A referida empresa intermediária recebeu as ditas exclusividades das bandas em datas próximas à realização do evento. Todas foram emitidas entre 5 e 17 de agosto de 2009. Ou seja, a poucos dias de realização do evento, que ocorreu entre 28 e 30 de agosto de 2009, o que reforça a tese de que foram precárias, temporárias, e não exclusivas. Esse tipo de documento poderia, também, ser conseguido por outras empresas, o que demonstra que havia possibilidade

de competição. Nesse sentido, foi irregular a contratação da empresa intermediária pela ASBT porque feriu o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, além de que essa empresa, de fato, não representava os empresários exclusivos das bandas, mas apenas detinha a prerrogativa de vender a apresentação das bandas para uma determinada data e evento.

5.6 Essas declarações ou cartas de exclusividade não são suficientes para a comprovação da regular aplicação dos recursos federais, conforme entendimento manifestado no voto condutor do Acórdão 3.530/2016-TCU-1ª Câmara, recentemente proferido nos autos do TC 008.875/2015-4.

5.7 Portanto, a contratação feita pela ASBT com a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. se deu indevidamente por inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, pois foi celebrado com uma empresa intermediária e não com os empresários exclusivos de cada banda, em ofensa ao que prevê o subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário.

5.8 Ademais, não restou caracterizada a inviabilidade de competição que ampara a inexigibilidade de licitação de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, pois várias empresas poderiam ter se candidatado à participação desse tipo de licitação, uma vez que a negociação não se deu com aquele que seria o único representante das banda/artista, mas ocorreu com uma empresa intermediária, que apenas detinha cartas/declarações de exclusividade precárias, temporárias, já que eram restritas a determinado dia e evento, e, portanto, sem valor após a realização da ação a que se propunha.

5.9 Em caso semelhante ao aqui tratado, o Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa defendeu que não resta demonstrado o nexo de causalidade entre as verbas repassadas e a finalidade do convênio, quando o contrato de exclusividade não é apresentado na forma prevista no subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU- Plenário, verbis:

15. 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 4.299/2014-TCU-2ª Câmara; grifos nosso)

5.10 Nesse sentido, observou-se que a glosa dos valores conveniados se mostrava pertinente quando a apresentação do contrato firmado entre a entidade conveniente e o empresário exclusivo das bandas/artistas se dá fora dos moldes previstos no 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, pois em casos assim não há como confirmar o nexo de causalidade que deve haver entre as despesas realizadas e a execução do objeto.

5.11 Dessa forma, além da contratação irregular das bandas para a realização do evento, por meio de empresa intermediária, que não possuía a exclusividade exigida pelo art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993; a conveniente não conseguiu demonstrar o nexo de causalidade entre o valor repassado e o fim a que ele se destinava, para pagamento dos cachês das atrações artísticas, pois não há como se afirmar que o valor pago à empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. foi realmente utilizado na consecução do objeto pactuado.

5.12 Restou, assim, caracterizado o desvio dos recursos públicos, sugerindo-se a citação do responsável pela ASBT, em solidariedade com a própria entidade conveniente, para que devolvam os recursos públicos e/ou apresentem as suas alegações de defesa.

5.13 Essa irregularidade, por si só, já seria suficiente a reclamar a devolução total dos recursos repassados ao conveniente. Aliado a esse fato, ainda foi constatado pelo Relatório de Demandas Externas 00224.001217/2012-54 da CGU e pela Nota Técnica de Reanálise Financeira 514/2014 do MTur outra ocorrência atinente à Inexigibilidade de Licitação 48/2009, referente à ausência de justificativa de preços no certame realizado pela ASBT, em afronta ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993; o que reforça a irregularidade

principal, que foi a contratação indevida de empresa intermediária, quando existia a viabilidade de competição.

5.14 No tocante à execução financeira, constatou-se no RDE que houve divergência entre os valores contratados pela ASBT com a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. e os efetivamente recebidos a título de cachê por duas das bandas contratadas para o evento em apreço, ocasionando dano ao Erário no montante de R\$ 39.000,00, conforme tabela a seguir:

BANDAS/ARTISTAS	VALOR INFORMADO DO CACHÊ (R\$)		DIFERENÇA DE CACHÊ (R\$)
	PELA ASBT	PELO REPRESENTANTE DA BANDA	
Erivaldo de Carira	10.000,00	3.000,00	7.000,00
Adelmário Coelho(1)	55.000,00	23.000,00	32.000,00
TOTAL (GERAL)	65.000,00	26.000,00	39.000,00

5.15 Conforme informação obtida das diligências, o valor efetivo do cachê recebido pela banda ‘Erivaldo de Carira’ à 1ª Vara da Justiça Federal do Estado de Sergipe, no âmbito do Processo 0006311-27.2009.4.05.8500, foi de R\$ 3.000,00, para apresentação no evento ‘Feira do Agricultor/2009’, sem assinar recibo de quitação (peça 16, p. 92).

5.16 No outro caso, o artista ‘Adelmário Coelho’ informou à 10ª Vara da Justiça Federal do Estado da Bahia, no âmbito da Carta Precatória 0023824-60.2013.4.01.3300, de que recebeu R\$ 27.000,00 no evento ‘Feira do Agricultor/2009’, dos quais R\$ 2.000,00 foi pago, a título de comissão ao intermediário da contratação, e mais R\$ 2.000,00 pago à empresa contratada, a I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. (peça 16, p. 100-102).

5.17 Assim, percebe-se que o valor pago pela ASBT à empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. a título de cachês para execução do evento foi majorado, o que indica que essa diferença foi apropriada pela empresa contratada indevidamente, uma vez que é vedada a realização de despesas a título de taxa de administração, gerência ou similar, conforme reza o inciso I, do art. 39 da Portaria Interministerial 127/2008; bem como pela Cláusula Terceira, item II, alínea ‘II’, do termo de convênio.

5.18 Ademais, pela informação prestada pelo artista ‘Adelmário Coelho’ restou evidenciado que, de fato, ocorreu intermediação na contratação da empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., pois ele declarou que pagou comissão de R\$ 4.000,00 à empresa e ao seu representante (peça 16, p. 102).

5.19 Acerca da divergência no pagamento de cachês artísticos, por oportuno, cabe destacar trecho do Voto do Ministro-Relator condutor do Acórdão 1.254/2014-TCU-2ª Câmara, ao analisar a situação dos 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. (grifos ausentes no original)

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 8.443, de 1992.

5.20 Portanto, como bem exposto no voto transcrito no subitem anterior, não havia previsão no plano de trabalho nem no termo de convênio em apreço do instituto da intermediação e de pagamentos a esse título; e ainda que houvesse previsão e aceitação, tal despesa não foi comprovada, pois a nota fiscal apresentada não traz qualquer especificação desse custo, que só foi constatado mediante informação prestada pelos representantes das bandas.

5.21 A divergência entre os valores contratados e os efetivamente recebidos pelas bandas caracteriza bem o instituto da intermediação, sendo de bom alvitre mencioná-la também como fundamento da irregularidade das presentes contas; e justifica, também, a imputação do débito de R\$ 39.000,00. No entanto, como a matéria foi abrangida e fundamentou a irregularidade relativa à contratação irregular das atrações artísticas, mediante o processo de Inexigibilidade de Licitação 48/2009, por meio de empresa intermediária, que não possuía a exclusividade exigida pelo art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, em afronta, também, ao subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário; deve-se considerar esse débito correspondente como já incluído na proposta de glosa da totalidade dos recursos repassados ao ajuste em exame, conforme já explanado no item anterior.

5.22 Ainda de acordo com a Nota Técnica de Reanálise Financeira 514/2014 (peça 2, p. 87-92), foram considerados reprovados:

a) a contratação de serviço de divulgação junto à empresa Televisão Atalaia Ltda. (CNPJ 13.079.397/0001-09) por inexigibilidade de licitação, fundamentada no caput do art. 25 da Lei 8.666/1993, quando o inciso II deste mesmo artigo veda a inexigibilidade para ‘serviços de publicidade e divulgação’ (peça 2, p. 89);

b) o fracionamento na contratação do serviço de divulgação junto à empresa Ilha Comunicação Ltda. (CNPJ 04.092.206/0001-40), pois apesar de ter sido realizada prévia cotação de preço, esse serviço deveria ter sido contratado juntamente com aquele mencionado na alínea ‘b’ anterior (peça 2, p. 89).

5.23 Em relação a não comprovação da gratuidade do evento, ocorrência apontada na Nota Técnica de Reanálise Financeira 514/2014, na instrução precedente mencionou-se que no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (Siconv) consta a declaração de gratuidade do evento, informando que o mesmo seria ‘realizado em via pública, totalmente aberta, com a participação gratuita estimada em mais de 50.000 (...) pessoas, sem cobrança de ingresso para assistirem aos shows que se realizarão (...)’, conforme demonstrado pelo documento de peça 5.

5.24 Sustenta a referida nota técnica que o conveniente declarou que não houve por parte da ASBT a obtenção de receita financeira com a venda de bens e serviços, mas não conseguiu comprovar a gratuidade do evento.

5.25 Dos autos, tem-se que não foi apontada, no Relatório de Demandas Especiais nem na Nota Técnica 514/2014 nem tampouco na fiscalização realizada na ASBT, no âmbito do TC 014.040/2010-7, a constatação da obtenção de receita com a venda de bens e serviços por parte da ASBT para o convênio em exame. Dessa forma, vê-se que não é razoável afirmar que o evento não foi gratuito e aberto para a população.

5.26 Desse modo, ante os exames realizados, sugeriu o exame da instrução de peça 17 em citar o responsável, o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, em solidariedade com a ASBT, para apresentarem alegações de defesa e/ou recolherem aos cofres públicos a parte dos recursos repassados pelo MTur, que não restou comprovada, em decorrência do dano ao Erário constatado na execução do Convênio 897/2009 (Siconv 704584).

5.27 Considerou-se que deveria se imputar aos responsáveis o débito histórico de R\$ 185.000,00, referente às despesas não aprovadas, proporcionalmente ao total dos recursos

repassados por meio do Convênio 879/2009 (Siconv 704584), utilizado para pagamentos efetuados à empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., da seguinte forma:

Valor total do convênio: R\$ 217.960,00	%	Despesa reprovada: R\$ 185.000,00	
Valor Concedente (R\$):	200.000,00	84,88%	169.760,00
Valor Contrapartida (R\$):	17.960,00	15,12%	2.715,55

5.28 Assim, o valor do débito a ser imputado ao responsável e à Associação Sergipana de Blocos de Trio seria composto pela parcela a seguir discriminada.

Descrição	Valor (R\$)	Histórico	Data da Ocorrência
- A ASBT contratou a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., por inexigibilidade de licitação, sem que essa empresa fosse a representante exclusiva das bandas 'Forró dos Plays', 'Lairton e seus Teclados', 'Roby e Ronner', 'Xote e Baião', 'Adelmário Coelho' e 'Erivaldo da Carira', em descumprimento ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, bem como ao subitem 9.5.1.1 do Ac. 96/2008-TCU-Plenário.	169.760,00 (D)		27/11/2009

6. Por meio de pronunciamento (peça 18), esta Unidade Técnica se manifestou favorável à proposta pela citação dos responsáveis à peça 17.

7. Foram realizadas as citações dos responsáveis, que apresentaram defesas (peças 24-25), as quais foram analisadas na instrução de peça 26, na qual se concluiu por propor as irregularidades das contas.

8. A instrução de peça 26 analisou as alegações de defesa e propôs pela irregularidade das contas do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e da ASBT, nos termos regimentais, bem como pela condenação solidária ao pagamento da quantia de R\$ 39.000,00, com data base de 27/11/2009.

9. O Parecer do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira (MP/TCU), em face do que restou apurado nos autos, manifesta-se de acordo com a proposição de mérito oferecida pela unidade técnica.

O Despacho do Ministro (peça 30) apresenta o histórico da presente tomada de contas especial, faz referência às instruções anteriores, ao Parecer do Ministério Público e concluiu:

Diante das considerações, a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., em solidariedade à ASBT e ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, devem ser citados, estes últimos de forma complementar, pela diferença (devidamente proporcionalizada aos aportes dos partícipes) entre os valores recebidos, declarados pelos artistas, e os valores pagos constantes das notas fiscais emitidas, e, no caso da inexistência de recibos (uma vez que não há notícias da existência deles no processo judicial) ou de declaração dos demais, pelo valor integral (devidamente proporcionalizada aos aportes dos partícipes) pago aos artistas, nos seguintes termos, considerando como data de débito aquela de transferência dos valores à empresa (peça 16, p. 103):

‘O débito é decorrente da 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 704584/2009, e no art. 46, II, da Portaria Interministerial 127/2008, bem como pela existência de evidências de superfaturamento, correspondente à diferença entre os valores pagos às empresas que se apresentaram como representantes exclusivos e os valores recebidos pelos artistas/bandas, valores presumidos como preços de mercado em razão do contexto em que ocorreram as contratações diretas e da precariedade jurídica dos instrumentos de representação’.

O processo foi encaminhado à Secex-SE para as providências a seu encargo.

Em atendimento ao despacho do Ministro Relator, realizaram-se as audiências dos responsáveis, que apresentaram suas alegações de defesa por meio dos documentos que constituem as peças 42-44.

EXAME TÉCNICO

Preliminarmente, importa observar que foi preenchido o requisito constante dos arts. 3º e 4º da Instrução Normativa TCU 71/2012, que trata da necessidade de esgotamento das medidas cabíveis no âmbito administrativo interno do Ministério do Turismo antes da instauração de uma Tomada de Contas Especial, pois esse órgão adotou providências visando à apuração dos fatos, identificação dos responsáveis, quantificação do dano, propondo o imediato ressarcimento ao Erário.

Irregularidade: O débito é decorrente da 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 704584/2009, e no art. 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.

Alegações de defesa do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e da ASBT

Os responsáveis citados apresentaram as suas alegações de defesa, que foram juntadas aos autos às peças 43 e 44. Cumpre observar que os argumentos de defesa dos responsáveis são idênticos, conforme se segue.

Citam a Portaria n. 127/2008, Capítulo II - Do Plano de Trabalho, arts 21 e 22 e §§ 1º, 2º e 3º, que esclarece o que será analisado, avaliado e aprovado ou reprovado no plano de trabalho, procedimento que antecede o convênio e dizem que, em nenhum momento da análise do plano de trabalho, a portaria trata da apresentação de orçamentos e carta de exclusividade.

Anotam que está claro que não deveriam ser analisados documentos de cotação prévia ou dispensa de cotação, conforme disposto no termo de convênio e nos artigos 45 e 46 da portaria n.127/2008, nesse momento da análise do plano de trabalho, procedimento que deveria ocorrer somente após a aprovação do plano de trabalho e formalização do convênio, art. 11 Decreto 6.170/2007, a saber:

Art. 45. Para a aquisição de bens e contratação de serviços com recursos de órgãos ou entidades da Administração Pública federal, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

Art. 46. A cotação prévia de preços prevista no art. 11 do Decreto n 6.170, de 25 de julho de 2007 (grifo original), será realizada por intermédio do Siconv, conforme os seguintes procedimentos:

I - o conveniente registrará a descrição completa e detalhada do objeto a ser contratado, que deverá estar em conformidade com o Plano de Trabalho, especificando as quantidades no caso da aquisição de bens;

Observam como importante que o art. 46 da Portaria 127/2008 faz referência ao art. 11 do Decreto 6.170/2007, que, por sua vez, traz, na parte final, importante interpretação do momento em que se deve realizar a cotação prévia ou sua dispensa, ou seja, após a avaliação e aprovação do plano de trabalho, somente após a autorização do convênio e antes da celebração do contrato com o prestador de serviço:

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato. (grifo original)

Registram que, ao contrário ao que dispõe o art. 11 do Decreto 6.170/2007, e arts. 21 e 22 da Portaria 127/2008, o concedente detalhou, exigiu, analisou e validou antecipadamente a apresentação de documentos relativos a contratação das bandas, (orçamento e carta de exclusividade), ou três orçamentos quando se tratava de cotação prévia. Desta forma, pretendem demonstrar que o concedente antecipou e tomou para si a análise, validação e aprovação de documentos do processo de contratação no momento de análise do plano de trabalho, pois aquilo que não estivesse em conformidade com as determinações das diligências da área técnica era devolvido para correção e nova análise ou rejeição do plano de trabalho. Ressaltam que esse procedimento foi adotado para todas as análises de plano de trabalho antes da formalização dos convênios.

Sobre suas defesas acerca da ‘não comprovação de que os artistas/bandas foram contratados por preços de mercado’, aduzem que a contratação se deu em razão da natureza singular do objeto, conforme demonstrado na Cláusula Oitava, Parágrafo Segundo:

II - quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar tão-só os preços que, aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes.

Lembram, por oportuno, que atrações artísticas têm oscilações significativas em seus valores de cachês, um dia pode estar valendo ‘X’ no dia seguinte ‘Y’. Entendem que essa oscilação poderia comprometer a análise através de notas do fornecedor. Dizem que fica evidente o atendimento ao princípio da economicidade, conforme se verifica no Parecer Técnico 852/2009 e Parecer/Conjur/MTur/ 1.212/2009, da Consultoria Jurídica da Unidade Setorial da Advocacia-Geral da União do MTur, respaldado no Acórdão n. 1.852/2006-TCU-2ª Câmara (Relatoria do Ministro Benjamin Zymler), a saber:

Parecer/Conjur/MTur/1.212/2009

Assunto: Minuta do Convênio 704584/2009. Projeto: ‘Festa do Agricultor 2009’.

Convênio, uma vez que deverá ser observado se os mesmos estão em consonância com os preços praticados no mercado local, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União, como se infere do Acórdão nº 1852/2006-TCU-Segunda Câmara, in verbis:

‘1.10 - Na avaliação de proposições de convênio, exija, proceda, e consigne em seus pareceres técnicos as análises detalhadas dos custos indicados nas propostas, documentando referidas análises com elementos de convicção como cotações, tabelas de preços de associações profissionais, publicações especializadas e outras fontes disponíveis, de modo a certificar-se e a comprovar que tais custos estão condizentes com os praticados no mercado da respectiva região’

Inferiram do processo que o setor competente do MTur realizou análise dos custos, conforme se verifica no Parecer Técnico 852/2009, inserto no Siconv, nos termos: ‘(...) isto posto, julgamos oportuna a aprovação, considerando que os custos indicados no Projeto são condizentes com o praticado no mercado local, tendo por base as propostas anexadas ao sistema apresentadas e já atestados.’

Pelo Parecer Técnico, concluíram que toda documentação fora analisada, aprovada e atestada antes da formalização do convênio, como se verifica também nas telas do sistema Siconv na fase Pré-Convênio, análise do plano de trabalho, juntadas em anexo.

Extraíram do Acórdão 9.313/2017 - Primeira Câmara (Relatoria do Ministro-Substituto Weder de Oliveira) esse mesmo entendimento, a saber:

Acórdão 9.313/2017 - Primeira Câmara

(...) retomo a declaração de voto do acórdão 1.435/2017-TCU-Plenário, no qual deixei registrado que o funcionamento do mercado de eventos envolve a participação de empresários exclusivos e empresados exclusivos ad hoc. Dessa forma, a arbitragem de ganhos internos no relacionamento desses atores entre si e entre eles e os artistas não é função deste Tribunal. Caba

ao MTur ter demonstrado que o valor pago era compatível com o preço de mercado ou com valores anteriormente recebidos pelo artista em outros eventos equivalentes.

Afirmam que não se pode considerar que a inexigibilidade de licitação não teve justificativa de preço e que os preços não estavam condizentes com aqueles praticados no mercado, sendo todos os atos foram inseridos no portal Siconv, com acesso livre a todo público.

Reiteram que o valor pago corresponde ao valor contratado conforme nota fiscal e orçamento fornecido pela empresa que detinha 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 – Plenário:

9.2.3.2. não for possível comprovar o nexo de causalidade, ou seja, que os pagamentos tenham sido recebidos pelo artista ou por seu representante devidamente habilitado, seja detentor de contrato de exclusividade, portador de instrumento de procuração ou carta de exclusividade, devidamente registrados em cartório.

Análise das Alegações de defesa do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e da ASBT

A Portaria n. 127/2008, nos citados arts 21 e 22 e §§ 1º, 2º e 3º, esclarece o que conterà, no mínimo, o plano de trabalho e registra que ele será analisado quanto à sua viabilidade. Realmente este dispositivo legal em nenhum momento trata da apresentação de orçamentos e carta de exclusividade. A exclusividade é referida no art. 25, III, da Lei 8.666/1993, que diz que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Este ponto não é o ponto central da análise da ocorrência do dano ao erário aqui retratado.

A referência feita aos artigos 45 e 46 da Portaria Interministerial 127/2008, que diz que as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar cotação prévia de preços no mercado nesse momento da análise do plano de trabalho também não aproveita a defesa, porque não foi feita a cotação prévia de preços nem pelo MTur nem pela ASBT, mas uma eventual omissão do ministério, sob qualquer pretexto, não afasta a responsabilidade do conveniente. O mesmo entendimento se dá ao argumento de que o concedente tomara para si a análise, validação e aprovação de documentos do processo de contratação no momento de análise do plano de trabalho. Nos termos do art. 46 da Portaria Interministerial 127/2008, ou mesmo do art. 26 da Lei de Licitações, cabia à ASBT, como conveniente, comprovar que os preços orçados pelas empresas estavam em conformidade com os preços que as bandas praticaram com outros demandantes. Exigência que, em outros termos, corresponderia à justificação de preços de que trata o art. 26 da Lei de Licitações.

Quanto aos seus argumentos acerca da ‘não comprovação de que os artistas/bandas foram contratados por preços de mercado’, observe-se que a irregularidade trata da evidência de superfaturamento, correspondente à diferença ente os valores pagos à empresa que se apresentou como representante exclusivo 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. Os preços de mercado seriam os valores recebidos pelas bandas, já que não se tem os preços que elas vinham recebendo.

Sobre o argumento de que as atrações artísticas têm oscilações significativas em seus valores de cachês, um dia podendo estar valendo ‘X’, no dia seguinte ‘Y’ e que isto poderia comprometer a análise por meio de notas do fornecedor, entende-se que é um fato a possibilidade de alterações de valores dos cachês em curto espaço de tempo, ocorre que isto não é o caso nesta tomada de contas especial, uma vez que os preços aqui referenciados são os efetivamente cobrados para o evento.

Alegam que o setor competente do MTur realizou análise dos custos conforme Parecer Técnico 852/2009. O Parecer julga oportuna a aprovação, considerando que os custos indicados

no Projeto são condizentes com o praticado no mercado local, tendo por base as propostas anexadas ao sistema apresentadas e já atestados.

Sobre este argumento, o parecer técnico 852/2009 do MTur aprovou a proposição de convênio, incluído entre outros necessários à aprovação do ajuste, e foi considerada, no parecer Conjur/MTur 1.212/2009, a análise dos custos especificados no plano de trabalho (peça 1, p. 35).

Na proposta de deliberação do acórdão 5.070/2016-TCU-1ª Câmara, o Relator registrou que, em contratações diretas de profissional do setor artístico, as atenções devem se concentrar na pertinência da escolha do profissional em relação à natureza e ao porte do evento e na razoabilidade do valor da contratação em relação ao mercado. Desse modo, passou a determinar a realização de diligências ao MTur para que encaminhasse a documentação que deu suporte à afirmação de que os preços propostos estavam de acordo com os preços de mercado, dado que a presunção de veracidade dessa afirmação impunha e validava os raciocínios de não comprovação de ocorrência de dano ao erário.

Ocorre que as respostas da Coordenação-Geral de Eventos Turísticos foram no sentido de que não foram encontradas evidências tampouco documentações balizadoras para uma análise de custos, não sendo possível apontar com exatidão o indicativo que levou a gestão anterior à aprovação da proposta afirmando que os custos indicados no Projeto estão condizentes com o praticado no mercado local. Assim, o concedente considerava o orçamento apresentado pelo convenente.

Afirmam que não se pode considerar que a inexigibilidade de licitação não teve justificativa de preço, que os preços não estavam condizentes com aqueles praticados no mercado e que o valor pago corresponde ao valor contratado conforme nota fiscal e orçamento fornecido pela empresa que detinha a exclusividade.

É claro que a comprovação de que os artistas Erivaldo de Carira e Adelmário Coelho receberam valor inferior ao recebido pela empresa constituída como sua representante (I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda.) corresponde à robusta evidência de que os reais valores cobrados por eles foram aqueles que efetivamente receberam, dado que a presunção de ser o valor proposto no plano de trabalho compatível com o preço de mercado (em razão da afirmação oficial constante dos autos) foi elidida pela resposta do MTur à diligência realizada.

Observe-se o Despacho do Relator (peça 30), verbis:

39. Não está escrito nesses documentos, por exemplo, que a empresa contratada incorreria em custos com transporte, hospedagem e demais encargos atinentes à apresentação da banda, sua remuneração e seus limites negociais. Tão somente foi constituída como representante exclusiva das duas bandas para aquele evento.

40. No contexto que agora se revela, ante a resposta do MTur informando que nada existe comprovando que os preços estabelecidos no plano de trabalho correspondiam a valores compatíveis com os de mercado (verificáveis a partir dos preços cobrados pelas bandas, diretamente, ou por meio de empresário exclusivo em outros eventos), as omissões observadas no documento de representação deixam de ser percebidas como falhas e passam a ser evidências de que não se referiam a efetiva e verdadeira atividade de representação.

41. Essa conclusão é corroborada pela inexistência de explicações para dois fatos centrais nesse novo contexto: por que a convenente, 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, segundo se deduz, não era originalmente a representante exclusiva das bandas? (...)

44. Na medida em que não há elementos no MTur nem no Siconv que possam justificar a adequação dos valores dos 'shows' previstos no plano de trabalho, rompeu-se a presunção de legitimidade dos atestos e dos pareceres do ministério acerca da compatibilidade dos preços das bandas/artistas apresentados pela ASBT quando da proposição da celebração do convênio.

45. A adequação documentada dos preços dos shows não foi justificada quando da propositura do convênio, tampouco nas alegações de defesa encaminhadas pelos responsáveis.

46. No caso em exame, a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) (entidade conveniente e especializada no ramo de eventos festivos) poderia ter contratado as bandas/artistas diretamente ou por meio dos representantes exclusivos, mas, para realizar o objeto do convênio, contratou a firma I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., beneficiária das cartas de exclusividade para dia e evento certos.

47. Verifica-se, também, que as cartas de exclusividade não estabeleceram cláusulas de valores, nem as condições da representação. Sem essas especificações, não é possível avaliar o que, licitamente, deveria ser pago aos respectivos artistas e à remuneração do ‘empresário’, diante de suas obrigações.

48. Nesse contexto, não está comprovado que os preços pagos à empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. correspondiam aos preços que aos artistas, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais, haviam praticado com outros demandantes, como exigia a legislação de regência.

Quanto ao débito, observe-se o Despacho do Relator à peça 30, verbis:

(...)

49. Diante dessa considerações, a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., em solidariedade à ASBT e ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, devem ser citados, estes últimos de forma complementar, pela diferença (devidamente proporcionalizada aos aportes dos partícipes) entre os valores recibos, declarados pelos artistas, e os valores pagos constantes das notas fiscais emitidas, e, no caso da inexistência de recibos (uma vez que não há notícias da existência deles no processo judicial) ou de declaração dos demais, pelo valor integral (devidamente proporcionalizada aos aportes dos partícipes) pago aos artistas, nos seguinte termos, considerando como data de débito aquela de transferência dos valores à empresa (peça 16, p. 103):

‘O débito é decorrente da 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 704584/2009, e no art. 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’

Assim, imputa-se aos responsáveis o débito de R\$ 169.760,00, proporcionalmente ao total dos recursos repassados por meio do Convênio 879/2009 (Siconv 704584), utilizado para pagamentos efetuados à empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., da seguinte forma:

Valor total do convênio: R\$ 217.960,00	%	Despesa reprovada: R\$ 185.000,00
Valor Concedente (R\$):	200.000,00	84,88%
Valor Contrapartida (R\$):	17.960,00	15,12%
		2.715,55

Assim, o valor do débito a ser imputado é composto pela parcela a seguir discriminada.

Descrição	Valor Histórico (R\$)	Data da Ocorrência
- A ASBT contratou a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., por inexigibilidade de licitação, sem que essa empresa fosse a representante exclusiva das bandas ‘Forró dos Plays’, ‘Lairton e seus Teclados’, ‘Roby e Ronner’, ‘Xote e Baião’, ‘Adelmário Coelho’ e ‘Erivaldo da Carira’, em descumprimento ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, bem como ao subitem 9.5.1.1.1 do Ac. 96/2008-TCU-Plenário.	169.760,00 (D)	27/11/2009

Destarte, rejeitam-se as alegações de defesa dos responsáveis, com proposta de julgamento pela irregularidade das contas, imputação do respectivo débito e da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c os art. 267 do Regimento Interno do TCU.

Alegações de defesa da empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda.

Da existência de Tomada de Contas Especial. Dupla apuração - Non bis in idem.

Prima facie, destacou, em síntese, que o princípio non bis in idem proíbe a reiterada penalização por um mesmo ato, afastando a possibilidade de múltipla manifestação sancionadora da Administração Pública.

Registra que o convênio em apreço fora objeto de fiscalização em outra Tomada de Contas Especial (TC 014.040/2010-7, convertida em 13/4/2011 para TC 009.888/2011-0).

A Secex-SE destacou que naquela Tomada de Contas Especial, quando do julgamento do mérito em 1º/4/2014, houve a imputação de multa ao senhor Lourival Mendes de Oliveira Neto pelo cometimento de algumas irregularidades. Ocorre que, a partir da simples análise do acórdão 1.254/2014–TCU–2ª Câmara (Relatoria do Ministro José Jorge), que julgou a aludida Tomada de Contas Especial, podemos vislumbrar que a empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. também foi responsabilizada naqueles autos, observe-se os destaques:

9.2. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea ‘c’, da Lei nº 8.443, de 1992, c/c os arts. 19 e 23, inciso III, alínea ‘a’, da mesma lei, 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), condenando, solidariamente, os responsáveis a seguir relacionados ao pagamento das quantias indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, a partir das datas a seguir elencadas, até a data do efetivo recolhimento, nos termos da legislação em vigor, e fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias 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/TCU:

(...)

9.2.2 Responsáveis Solidários Lourival Mendes de Oliveira Neto (CPF 310.702.215-20), Presidente da ASBT, e Associação Sergipana de Blocos de Trio (CNPJ 32.884.108/0001-80):

I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. (CNPJ 09.661.123/0001-48)	R\$ 40.500,00	28/7/2009
---	---------------	-----------

9.3. com fundamento no art. 57 da Lei n. 8.443, de 1992, aplicar, individualmente, multa aos responsáveis abaixo especificados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda.	R\$ 4.000,00
---	--------------

Entende como evidente que no julgamento da Tomada de Contas Especial TC 014.040/2010-7 (convertida em 13/4/2011 para TC 009.888/2011-0) verificou-se a sua responsabilização. E os fatos apurados naquela TCE tratam dos mesmos fatos apurados na presente Tomada de Contas Especial.

Neste sentido, mostra trechos do Acórdão 1.254/2014–TCU–2ª Câmara (Relatoria do Ministro José Jorge) em que lhe faz referência notadamente na rejeição da sua defesa realizada por citação feita no subitem 9.3 do Acórdão 762/2011 – Plenário.

Reputa evidente que a supracitada Tomada de Contas Especial apurou o cotejo entre os valores contratados e os efetivamente pagos no Convênio 897/2009 - Siafi 704584 (Festa do Agricultor de Itabaiana/2009). No entanto, a despeito do julgamento de mérito no TC 014.040/2010-7 (TC 009.888/2011-0), a presente Tomada de Contas Especial versa sobre a mesma diferença entre os valores recebidos pelos artistas e os constantes no plano de trabalho,

já apurada. Considera que a Corte de Contas possui entendimento pacífico no sentido de que a tramitação de ações em outras esferas, com vistas à apuração de condutas antijurídicas, não configura dupla apenação (Acórdãos 40/2007-TCU-Plenário, 2.477/07-1ª Câmara e 1.234/08-TCU-2ª Câmara), mas, no presente caso, está diante de duas Tomadas de Contas Especial perante a mesma instância administrativa, o Tribunal de Contas da União, que versam sobre o mesmo convênio, os mesmos responsáveis e, ainda, sobre a mesma matéria de apuração.

Pugna pela extinção da presente TCE sem julgamento do mérito, uma vez a preexistente aplicação de sanção por idênticos fatos impede a imputação de nova responsabilização, sob pena de ofensa ao princípio do non bis in idem.

Da ilegitimidade passiva da empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda.

Diz que incide sobre o presente caso outra preliminar que impede a análise do mérito dessa Tomada de Contas Especial, em relação à Empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. Alega que são três as condições da ação: interesse processual, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido.

Argumenta que, conforme os ensinamentos doutrinários, é legitimada a parte requerente quando houver a possibilidade de possuir a titularidade do direito pretendido. Já a legitimidade da parte demandada é decorrente de ser a pessoa que deva, em sendo procedente a ação, suportar os efeitos da condenação. Ou seja, os legitimados para o processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses a serem tutelados. Consoante dispõe o CPC, em seu art. 17, 'para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade'. Afirma que não seria a empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. quem deveria figurar no polo passivo da presente Tomada de Contas Especial.

Assevera que, pelo entendimento da Secex-SE, a irregularidade das contas deve ser imputada à ASBT e ao Senhor Lourival Mendes de Oliveira Neto, mediante imputação individual de multa e condenação em débito, solidário, no valor de R\$ 39.000,00, referente à divergência entre os valores contratados pela ASBT com a empresa I9 Publicidade & Eventos Ltda. e os efetivamente recebidos a título de cachê. Observa que o Ministério Público, por sua vez, concordou com a proposição de mérito oferecida pela unidade técnica. Ou seja, a unidade técnica e o Ministério Público de Contas não concluíram pela responsabilização da empresa petionante. Como se não bastasse, em determinado trecho do despacho que determinou a citação da empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda, essa i. relatoria destacou que:

Nos termos do art. 46 da Portaria Interministerial 127/2008, ou mesmo do art. 26 da Lei de Licitações, cabia à ASBT, como conveniente, comprovar que os preços orçados pelas empresas estavam em conformidade com os preços que as bandas praticaram com outros demandantes.

Ressalta, portanto, que competia à ASBT, na condição de conveniente, comprovar a compatibilidade dos preços de mercado, conforme já destacou a relatoria, inclusive porque a empresa proponente atestou o orçamento apresentado. Nesse sentido, mostrou o seguinte trecho da reposta do MTur ao ser questionado sobre a compatibilidade dos preços propostos com o praticado no mercado local:

Entretanto, mesmo concluindo que não há documentações indicativas da análise de custos é possível aferir, através do Próprio Parecer Técnico (...) que a gestão anterior considerava o orçamento apresentado pela prefeitura como documentação de análise de custos, visto que o Proponente 'atestava' esse orçamento.

Entende que a empresa petionante, na condição de empresa privada, apresentava orçamento devidamente embasado à ASBT, à qual competia a devida elaboração do projeto e envio da documentação ao MTur para aprovação. Inclusive, consta dos autos que a então Coordenação-Geral de Análise de Projetos (CGAP), então responsável pelo banco de dados de análise custos, apresentou parecer técnico pela aprovação do projeto e, no mesmo sentido, se manifestou a Consultoria Jurídica do MTur em seu Parecer. Sendo assim, reafirma que é patente

que a empresa peticionante não deu causa a qualquer irregularidade documental perante o MTur, uma vez que não lhe competia diligenciar perante tal Órgão.

Destarte, a peticionante alega que não merece estar sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União, demonstrando-se imperiosa a extinção do processo sem resolução do mérito, pois comprovado está que a mesma não é parte legítima para integrar o polo passivo da lide.

Da efetiva prestação de serviço. Existência de nexo de causalidade entre as despesas realizadas e a execução do objeto. Da ausência de superfaturamento.

Na remota hipótese de não acolhimento das preliminares acima suscitadas, a empresa peticionante, em homenagem aos princípios processuais da eventualidade, da impugnação específica, da economia processual, vem, combater o mérito da presente demanda, nos seguintes termos.

A Secex-SE já destacou que constam nos autos parte dos recibos dos pagamentos realizados às bandas. Assim, não se pode mais falar em ausência de nexo causal entre os valores repassados e os recebimentos pelas bandas/artistas, apesar das diferenças apuradas entre o que foi declarado na prestação de contas e o que foi informado pelos recibos. Anota que igualmente indubitável é a existência de Parecer Técnico emitido pelo MTur, através do qual aquele Ministério expressamente se manifesta sobre a aprovação dos preços, ou seja, não houve contratação por preços injustificadamente superiores ao praticados no mercado. Tanto é que a Conjur/MTur emitiu parecer no seguinte sentido –com os destaques: ‘Isto posto, julgamos oportuno a aprovação, considerando que os custos indicados no Projeto são condizentes com o praticado no mercado local, tendo por base as propostas anexadas ao sistema apresentadas e já atestados’.

Afirma que é oportuno destacar que à Consultoria Jurídica, órgão setorial da Advocacia-Geral da União, compete:

Prestar assessoria e consultoria jurídica no âmbito do Ministério; Fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos atos normativos, a ser uniformemente seguida na área de atuação do Ministério quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

Atuar, em conjunto com os órgãos técnicos do Ministério, na elaboração de propostas de atos normativos submetidas ao Ministro de Estado;

Realizar revisão final da técnica legislativa e emitir parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a legalidade e a compatibilidade com o ordenamento jurídico das propostas de atos normativos;

Assistir o Ministro de Estado no controle interno da legalidade administrativa dos atos do Ministério e das entidades a ele vinculadas;

Examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério:

Os textos de edital de licitação, e os contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; e

Os atos pelos quais se reconheça a inexigibilidade ou se decida a dispensa de licitação.

Ou seja, se certifica que está diante de um parecer técnico emitido por um órgão setorial que detém a capacidade e a expertise próprias para apreciar, examinar e concluir, no âmbito do Ministério do Turismo, pela legalidade e compatibilidade das propostas, atos e contratos. Assim, em consonância com o aludido Parecer Jurídico, tem como certo que, no caso em apreço, houve:

Execução do evento objeto do convênio;

Nexo de causalidade entre os valores repassados e os recebimentos pelas bandas/artistas;

Aprovação dos valores pelo Ministério do Turismo;

Ressalta que a alegação de que no presente caso ‘o que se tem são fortes indícios de ocorrência ao dano ao erário por superfaturamento e não, unicamente, por falta de nexo decorrente e contratação direta calcada em carta de exclusividade para evento certo’, se mostra inconsistente com as provas constantes nos autos, devendo ser acolhidas as presentes alegações defensivas, para afastar qualquer responsabilização da empresa peticionante.

Da ausência de conduta dolosa ou culposa de Agente Público no presente caso.

Assevera que a jurisprudência do TCU firmou a tese de que exorbita a competência constitucional da Corte de Contas o julgamento de atos lesivos ao Erário, praticados sem o concurso de agente público. Verifica-se, portanto, que o E. Tribunal de Contas da União tem adotado o entendimento de que, como regra, o particular não está sujeito ao julgamento de contas, apreciadas em processos de tomada de contas especial, por danos causados, nesta qualidade, ao Erário. A exceção ocorre quando ele pratica a irregularidade em conjunto com o servidor público. Neste caso, a especial condição jurídica do servidor público a ele se transfere, e a necessidade de adequada apuração dos fatos determina a prorrogação da competência do Tribunal de Contas para todos os envolvidos.

Registra que essa orientação está cristalizada no Enunciado n. 186 da Súmula da jurisprudência da Corte de Contas, in verbis:

Súmula n. 186 - Consideram-se sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União os coautores, embora sem vínculo com o serviço público, de peculato praticado por servidores - quer sejam ou não Ordenadores de Despesas ou dirigentes de órgãos - da Administração Direta ou Indireta da União e Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, pertencentes a qualquer outra entidade, que gerencie recursos públicos, independentemente da sua natureza jurídica e do nível quantitativo da sua participação no capital social.

Diz que, a juízo do Tribunal, atentas às circunstâncias ou peculiaridades de cada caso, os aludidos coautores estão sujeitos à tomada de contas especial, em que se quantifiquem os débitos e se individualizem as responsabilidades ou se defina a solidariedade, sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, nas instâncias próprias e distintas. Assim, a par de determinar a submissão de terceiros sem vínculo com o serviço público, no caso de irregularidade praticada em conluio com servidor público, o Enunciado, em uma interpretação contrario sensu, também consolida a tese de que, não existindo a participação de servidor público, o instituto da tomada de contas especial é inaplicável a particulares.

Ressalta que esse Enunciado não sofreu alteração com o advento da Constituição de 1988 e da Lei n. 8.443/1992, estando, por conseguinte, em pleno vigor. E, com efeito, mesmo sob a égide da Constituição de 1988, a competência institucional do Tribunal de Contas não se alterou para alcançar particulares, totalmente desvinculados da Administração Pública, causadores de prejuízos ao Erário.

Assevera que a competência de julgar contas, prevista no inciso II do art. 71 da CF, há de ser interpretada em consonância com o disposto no art. 70 e seu parágrafo único da Constituição, segundo o qual presta contas qualquer pessoa física ou jurídica que utilize, arrecade, guarde gerencie ou administre dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. Portanto, verifica-se que os atos de particulares, não responsáveis pela guarda ou administração de bens públicos, ou de bens pelo quais seja a União responsável, são estranhos ao controle externo e, portanto, não se compreendem no âmbito da competência de julgar contas constitucionalmente atribuída ao Tribunal de Contas da União.

Ressalta que a empresa somente figura nesta Tomada de Contas Especial, em virtude de ter se relacionado com outra pessoa jurídica de direito privado, a ASBT, esta sim, credenciada junto ao Ministério do Turismo. Desta forma, a jurisdição do Tribunal de Contas da União concernente à competência para instaurar processos de Tomada de Contas Especial não abrange todo o universo de possibilidades de dano ao Erário, há de existir sempre a condição de agente

público no causador do dano à Administração Pública, ou sua ação em conluio com algum agente público, para justificar a intervenção do Tribunal de Contas da União. Neste sentido observe-se:

Enunciado

A participação de terceiros contratados, para efeito de responsabilidade solidária e sujeição à jurisdição do TCU, deve estar também vinculada a uma conduta dolosa ou culposa de algum agente público. Caso o ato irregular tiver sido praticado isoladamente por uma empresa privada, sem conexão com o dolo ou culpa de agente público, a infração legal e o eventual dano escapam à atividade de controle externo, inserindo-se na esfera judicial segundo os meios competentes. (Acórdão 1.529/2007-TCU-Plenário (Relatoria do Ministro Valmir Campelo – Data da sessão 8/8/2007).

Registra, diante da ausência de provas de qualquer ato doloso ou culposos de agente público, a circunstancial inviabilidade de se atribuir responsabilidade solidária à empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. Que, muito pelo contrário, o próprio Ministério do Turismo atestou que os valores dos orçamentos eram compatíveis com o praticado no mercado, inexistindo qualquer irregularidade apta a ensejar a responsabilização.

Análise das Alegações de defesa da empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda.

Não merece prosperar o argumento de dupla apuração.

Na Tomada de Contas Especial TC 009.888/2011-0, a I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. foi citada pelo débito no âmbito do evento ‘Circuito Junino – Aquidabã e Ribeirópolis/2009, em que foram constatadas débitos decorrentes de superfaturamentos nas contratações das bandas: Harmonia do Samba (R\$ 15.000,00), Danielzinho e Forrozão Quarto de Milha (R\$ 4.000,00), Cavaleiros do Forró (R\$ 19.000,00) e Fera Bandida (R\$2.500,00), num total de R\$ 40.500,00 (Convênio Siconv 703582).

Nestes autos, a I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. foi citada por irregularidades cometidas no âmbito do evento denominado ‘Festa do Agricultor/2009’, realizado em Itabaiana/SE, no período de 28 a 30 de agosto de 2009 (Convênio Siconv 704584). Assim, não há falar-se em bis in idem.

A alegada ilegitimidade passiva da empresa não merece acolhida. Nas presentes contas, constataram-se débitos decorrentes da 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 704584/2009, e no art. 46, II, da Portaria Interministerial 127/2008, bem como pela existência de evidências de superfaturamento.

Observe-se o Voto do Ministro Benjamin Zymler, condutor do Acórdão 1.455/2018 – TCU – Plenário:

78. A propósito, a jurisprudência desta Corte de Contas é remansosa no sentido de que:

‘não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados, elaborados por órgãos públicos contratantes, haja vista incidir, no regime de contratação pública, regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas a aferição de legalidade, legitimidade e economicidade por órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública. Sem embargo, sua responsabilização solidária pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedora de pagamentos por serviços superfaturados, contribui de qualquer forma para o cometimento do dano, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992’.

79. A título de exemplo, citam-se os Acórdãos 454/2014-Plenário, da lavra do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, e 619/2015-Plenário, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo.

80. Ressalto que os comandos da Lei 8.666/1993 e das leis de diretrizes orçamentárias, no que se refere à disciplina das contratações pública, se direcionam tanto ao agente público

quanto ao privado, que renuncia em alguma medida ao ambiente de liberdade econômica que prevalece nos contratos privados.

81. Diante desse dever jurídico, decorrente da submissão circunstancial do particular ao regime jurídico-administrativo das contratações públicas, o agente privado deve pautar sua conduta de acordo com as regras postas pelo ordenamento jurídico.

82. Com isso, o particular responde plenamente por essa manifestação voluntária tendente ao aperfeiçoamento do vínculo contratual, podendo responder por superfaturamento decorrente de sobrepreço se a sua proposta voluntária não atender aos ditames estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Quanto à alegada ausência de superfaturamento, sob o argumento de a Conjur/MTur ter emitido parecer julgando oportuna a aprovação, observa-se que diligenciado sobre a questão o MTur não confirmou a informação.

Sobre este tema, na proposta de deliberação do acórdão 5.070/2016-TCU-1ª Câmara (Relatoria do Ministro-Substituto Weder de Oliveira), registrou o Relator que, em contratações diretas de profissional do setor artístico, as atenções devem se concentrar na pertinência da escolha do profissional em relação à natureza e ao porte do evento e na razoabilidade do valor da contratação em relação ao mercado. Registrou mais:

(...) A fiscalização da celebração e execução desses convênios deve ser mais rigorosa e inteligente do que a forma como até o momento tem sido feita.

Falhas nessa fiscalização não podem ser comodamente supridas pela imputação de dano cuja existência não se demonstrou, como fez o agente instaurador da TCE, nem deve, a meu juízo, conduzir à aplicação de multa por impropriedade formal estritamente referenciada em cláusula de convênio, e cujo potencial lesivo à ordem jurídica, mínimo, não se qualifica como grave, para, nos termos do art. 58, dar ensejo à sanção pecuniária, posto que a exclusividade foi concedida (e nada a esse respeito foi questionado), embora não pela forma que o convênio, e não a lei, reputou como estritamente necessário. Não há, também, apontamentos sobre os riscos que poderiam advir para a realização do objeto em razão de tal impropriedade, nem de ter havido, em razão dela, contratação por preço superior ao de mercado ou qualquer prejuízo para a boa realização do evento'(...)

Desse modo, para os processos dessa temática sob sua relatoria, passou a determinar a realização de diligências ao MTur para que encaminhasse a documentação que deu suporte à afirmação de que os preços propostos estavam de acordo com os preços de mercado, dado que a presunção de veracidade dessa afirmação impunha e validava os raciocínios de não comprovação de ocorrência de dano ao erário. Ou seja, estando os preços orçados pelo MTur de acordo com os de mercado não haveria falar-se em superfaturamento.

Ocorre que as respostas do MTur foram no sentido de que não havia estas documentações indicativas da análise de custos, sendo possível aferir o 'preço de mercado' por meio do próprio do orçamento atestado pela Proponente. O que desfez a presunção de que os preços constantes do plano de trabalho correspondiam aos preços de mercado que existia naqueles autos, sendo somente o preço apresentado pela Proponente.

Destarte, cabia à ASBT, como conveniente, comprovar que os preços orçados pelas empresas estavam em conformidade com os preços que as bandas praticaram com outros demandantes. Nos termos do art. 46 da Portaria Interministerial 127/2008, ou mesmo corresponderia à justificação de preços de que trata o art. 26 da Lei de Licitações.

Esclarece, ainda, o Despacho de peça 30:

(...) Especificamente, a comprovação de que os artistas Erivaldo de Carira e Adelmário Coelho receberam valor inferior ao recebido pela empresa constituída como sua representante (I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda.) corresponde a robusta evidência de que os reais valores cobrados por eles foram aqueles que efetivamente receberam, dado que a presunção de

ser o valor proposto no plano de trabalho compatível com o preço de mercado (em razão da afirmação oficial constante dos autos) foi elidida pela resposta do MTur à diligência realizada.

Assim, a diferença indicada pela unidade instrutiva corresponde a superfaturamento. (...)

Não prospera o argumento de ausência de conduta dolosa ou culposa de Agente Público no presente caso. A empresa figura como terceira beneficiária dos pagamentos indevidos (superfaturamento). A Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, para todos efeitos, por terem firmado convênio com a União, são os considerados agentes públicos.

Quanto ao débito, observe-se o Despacho do Relator à peça 30, verbis:

(...)

49. Diante dessa considerações, a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., em solidariedade à ASBT e ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, devem ser citados, estes últimos de forma complementar, pela diferença (devidamente proporcionalizada aos aportes dos partícipes) entre os valores recibos, declarados pelos artistas, e os valores pagos constantes das notas fiscais emitidas, e, no caso da inexistência de recibos (uma vez que não há notícias da existência deles no processo judicial) ou de declaração dos demais, pelo valor integral (devidamente proporcionalizada aos aportes dos partícipes) pago aos artistas, nos seguintes termos, considerando como data de débito aquela de transferência dos valores à empresa (peça 16, p. 103):

‘O débito é decorrente da 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 704584/2009, e no art. 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’

Assim, imputa-se aos responsáveis o débito de R\$ 169.760,00, proporcionalmente ao total dos recursos repassados por meio do Convênio 879/2009 (Siconv 704584), utilizado para pagamentos efetuados à empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., da seguinte forma:

Valor total do convênio: R\$ 217.960,00	%	Despesa reprovada: R\$ 185.000,00	
Valor Concedente (R\$):	200.000,00	84,88%	169.760,00
Valor Contrapartida (R\$):	17.960,00	15,12%	2.715,55

Assim, o valor do débito a ser imputado é composto pela parcela a seguir discriminada.

Descrição	Valor Histórico (R\$)	Data da Ocorrência
- A ASBT contratou a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., por inexigibilidade de licitação, sem que essa empresa fosse a representante exclusiva das bandas ‘Forró dos Plays’, ‘Lairton e seus Teclados’, ‘Roby e Ronner’, ‘Xote e Baião’, ‘Adelmário Coelho’ e ‘Erivaldo da Carira’, em descumprimento ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, bem como ao subitem 9.5.1.1 do Ac. 96/2008-TCU-Plenário.	169.760,00 (D)	27/11/2009

Destarte, rejeitam-se as alegações de defesa dos responsáveis, com proposta de julgamento pela irregularidade das contas, imputação do respectivo débito e da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c os art. 267 do Regimento Interno do TCU.

CONCLUSÃO

Esta instrução cuidou de examinar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, pela Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e pela empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda., em razão da impugnação parcial das despesas realizadas com os recursos do Convênio 879/2009 (Siconv 704584).

Os responsáveis apresentaram as suas alegações de defesas, as quais não foram acolhidas.

No tocante à aferição da ocorrência de boa-fé na conduta do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, conforme determina o § 2º do art. 202 do Regimento Interno do TCU, não houve elementos para que se pudesse efetivamente reconhecê-la, uma vez que os responsáveis não conseguiram elidir as irregularidades que lhe foram imputadas. Não reconhecida a boa-fé do responsável, em conformidade com o § 6º do mesmo artigo, pode este Tribunal proferir, desde já, o julgamento definitivo de mérito pela irregularidade das contas. Quanto à ASBT e a empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda, não se pode aferir a boa fé dessas responsáveis, haja vista que se tratam de pessoas jurídicas.

Registre-se que o fato gerador tido como irregular na execução do presente convênio, referente ao pagamento efetuado à empresa intermediadora, aconteceu em 27/11/2009. Houve interrupção de prazo para o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e para a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) em 28/3/2017, data do primeiro pronunciamento que autorizou as citações (peça 18), e a empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda., data do despacho do ministro (peça 30) em não correndo, assim, a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, que se opera no prazo de dez anos a contar dos fatos geradores tidos como irregulares, em conformidade com o prazo previsto no art. 205 do Código Civil e com a orientação expedida pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior, com proposta de:

a) julgar irregulares as contas do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto (CPF 310.702.215-20), da Associação Sergipana de Blocos de Trio (CNPJ 32.884.108/0001-80) e da empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. (CNPJ 09.661.123/0001-48), nos termos dos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'c', da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, condenando-os, solidariamente, ao pagamento da quantia a seguir especificada, com a fixação do 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 e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir da data discriminada, até a data do recolhimento, abatendo-se na oportunidade a quantia já ressarcida, na forma prevista na legislação em vigor:

Valor Original Do Débito (R\$)	Data De Ocorrência
169.760,00	27/11/2009

b) aplicar individualmente ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, presidente da ASBT, à Associação Sergipana de Blocos de Trio e à empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c os art. 267 do Regimento Interno do TCU, fixando o prazo de quinze dias, a contar das notificações, 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;

c) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida às notificações;

d) autorizar, desde logo e caso solicitado, o pagamento da dívida dos responsáveis, 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-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem 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;

e) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República em Sergipe, nos termos do §3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, para adoção das medidas que entender cabíveis;

f) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida ao Ministério do Turismo (MTur); e

g) 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 MP/TCU, representado pelo procurador Júlio Marcelo de Oliveira, diverge da unidade instrutiva, nos seguintes termos (peça 48).

“Com as vênias de estilo, o MP de Contas mantém sua proposta anterior (parecer à peça 29), por entender que o dano ao erário alcança somente a importância de R\$ 39.000,00, relativa à divergência entre os valores contratados pela ASBT com a empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda. e os valores efetivamente recebidos a título de cachê por duas das bandas contratadas para o evento em apreço (Erivaldo de Carira e Adelmário Coelho), haja vista que:

a) o Ministério do Turismo realizou supervisão in loco no evento nos dias 28 e 29/8/2009 (Relatório 145/2009, à peça 1, pp. 58/74) e atestou a efetiva realização de todos os shows previstos no plano de trabalho durante a ‘Festa do Agricultor/2009’ (peça 1, pp. 13/4), a saber:

a.1) na madrugada do dia 28 para o dia 29/8/2009, houve a apresentação das bandas Lairton e seus Teclados, Forró dos Plays e Rob e Ronny;

a.2) na madrugada do dia seguinte, houve a apresentação das bandas Erivaldo da Carira, Adelmário Coelho e Xote e Baião;

b) no Processo Judicial 2009.85.00.006311-0 (Ação Popular, 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe), constam três recibos referentes aos cachês das bandas, conforme informação presente no Relatório de Demandas Especiais da CGU, os quais, comparados com os valores informados na prestação de contas, evidenciam majoração nos valores dos cachês pagos a duas bandas (peças 2, pp. 54 e 81, e 26, item 13):

Banda Musical	Valor informado do cachê (R\$)		Diferença (R\$)	Diferença percentual
	Pela ASBT	Pelo representante da banda		
Erivaldo de Carira	10.000,00	3.000,00	7.000,00	70,00%
Xote e Baião	10.000,00	10.000,00	0,00	0,00%
Adelmário Coelho	55.000,00	23.000,00	32.000,00	58,18%
Forró dos Plays	70.000,00	-----	-----	-----
Lairton e seus teclados	30.000,00	-----	-----	-----
Roby e Tonner [Rob e Ronny]	10.000,00	-----	-----	-----
Total (R\$)	185.000,00	36.000,00	39.000,00	52,00%

c) os valores dos cachês pagos às outras três bandas não constaram do referido processo judicial, o que revela dúvida quanto à possível diferença também nestes casos (peça 26, item 13.2);

d) ante a inexistência de parte das informações, no caso concreto, somente a diferença de R\$ 39.000,00 entre o que foi declarado na prestação de contas e o que efetivamente receberam dois artistas é que pode seguramente constituir débito no presente processo (peça 26, item 13.3);

e) mesmo diante das diferenças apontadas, não dá para afirmar que não houve nexo de causalidade entre os valores repassados e os recebimentos pelas bandas/artistas (peça 26, item 13.4);

f) a diferença de R\$ 39.000,00 se refere ao recebimento, por parte da empresa intermediadora, de valores a título de taxa de administração, de gerência ou similar, em desacordo com a alínea 'hh' do inciso II da Cláusula Terceira do termo de convênio em exame (peça 1, p. 43). Ou seja, parte do recurso do ajuste ficou com a empresa que intermediou a contratação, caracterizando apropriação indevida de recursos públicos federais (peça 26, item 14.1);

g) a não comprovação de que os artistas/bandas foram contratados por preços de mercado, exigência contida na alínea 'h' do item II da Cláusula Terceira e na Cláusula Oitava do Convênio MTur/ASBT 897/2009 (peça 1, pp. 41 e 46/7), e no art. 46, II, da Portaria Interministerial 127/2008, não justifica a condenação em débito pelo valor de R\$ 169.760,00, quantia que equivale à glosa total dos recursos federais aportados, desconsiderando até mesmo as despesas efetivamente realizadas com os artistas Erivaldo de Carira (R\$ 3.000,00) e Adelmário Coelho (R\$ 23.000,00), as quais estariam presumidamente de acordo com o valor de mercado.

Em consulta ao portal da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, o MP de Contas teve acesso à sentença proferida em 11/11/2014, no âmbito da ação popular objeto do Processo JF/SE 0006311-27.2009.4.05.8500 (1ª Vara), que englobou o convênio ora em exame (condenação solidária pelo valor de R\$ 39.000,00), cuja ementa segue transcrita¹ (destaques acrescidos):

‘EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. REQUISITOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONVÊNIOS DO MINISTÉRIO DO TURISMO COM A ASSOCIAÇÃO SERGIPANA DE BLOCOS DE TRIO. UTILIZAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS FEDERAIS PARA PAGAMENTOS DE CACHÊS EM EVENTOS. IDENTIFICAÇÃO DE DIFERENÇAS A MAIOR ENTRE CACHÊS INFORMADOS EM CONTRATOS E OS EFETIVAMENTE PAGOS AOS ARTISTAS. ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. CABIMENTO. SUCUMBÊNCIA.

1. A legitimidade diz respeito à ocorrência da pertinência do direito para agir e contradizer. Deve figurar no pólo passivo da demanda a pessoa que tenha condições jurídicas de titularidade para suportar os efeitos oriundos da sentença, em caso de eventual procedência do pedido.

2. Consoante leciona a Carta Magna, no art. 5º, inciso LXXIII, a ação popular é o instrumento posto à disposição de qualquer cidadão para invalidar atos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, o meio-ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, tendo por escopo, portanto, proteger não apenas interesses de ordem patrimonial, mas igualmente interesses de cunho principiológico, atinentes a valores não econômicos, a exemplo da moralidade administrativa.

3. Na hipótese dos autos, houve divergência entre os valores contratados e os efetivamente recebidos pelas bandas, a título de cachê, além da utilização, em evento festivo, de recursos públicos federais para pagamento de despesas (cachês de bandas musicais) de entidade privada proprietária de bloco carnavalesco, que constituem atos lesivos ao patrimônio público, causadores de dano.

4. Impõe-se, assim, o ressarcimento ao erário.’

¹ https://www.jfse.jus.br/p_procfisicos.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

Merece destaque o seguinte excerto do dispositivo da sentença:

‘97. Forte nos fundamentos expendidos, extingo o processo:

(...)

b) com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, no tocante aos demandados ASBT e Lourival Mendes de Oliveira Neto, e julgo parcialmente procedente a pretensão autoral, para declarar a nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público descritos no item 90 da fundamentação, e condenar os demandados, solidariamente, a ressarcirem aos cofres públicos da União, o dano causado ao Erário, no montante de R\$ 4.003.391,11 (quatro milhões, três mil e trezentos e noventa e um reais e onze centavos), acrescido de juros e correção monetária de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010-CJF.’ (grifou-se)

Em acréscimo ao exame levado a efeito pela Secex/SE acerca das alegações de defesa trazidas aos autos, no tocante ao argumento da empresa I9 Publicidade (peça 42, pp. 16/7) de que ‘a jurisprudência do TCU firmou a tese de que exorbita a competência constitucional da Corte de Contas o julgamento de atos lesivos ao Erário praticados sem o concurso de agente público’ (Súmula TCU 186, de 1982), o MP de Contas ressalta a evolução do entendimento desta Casa sobre a matéria.

Nessa linha, há inúmeros precedentes no sentido de que, ‘em situações excepcionais, pode haver a condenação em débito de particulares sem que seja fixada a solidariedade de agentes públicos’, vale dizer, ‘agente particular pode ser responsabilizado individualmente pelos danos causados ao erário, independentemente de ter sido comprovada a sua atuação em conjunto com agente da Administração Pública’ (v.g., Acórdãos 946/2013, 1.680/2013, 2.056/2013, 2.448/2013, 2.677/2013 e 1.160/2016, todos do Plenário, e 7.468/2014-1ª Câmara, 10.261/2017-1ª Câmara e 9.796/2018-2ª Câmara).

Não há, portanto, óbice jurídico à condenação da I9, ante o superfaturamento comprovado no presente feito (Contrato 74/2009, celebrado entre a ASBT e a I9, à peça 13, pp. 59/63).

Nesse particular, bem destacou a unidade técnica excerto do pertinente voto condutor do Acórdão 1.455/2018 – Plenário, da lavra do Ministro Benjamin Zymler (peça 45, item 63.1):

‘(...) não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados, elaborados por órgãos públicos contratantes, haja vista incidir, no regime de contratação pública, regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas a aferição de legalidade, legitimidade e economicidade por órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública. Sem embargo, sua responsabilização solidária pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedora de pagamentos por serviços superfaturados, contribui de qualquer forma para o cometimento do dano, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992.’

Em face dessas considerações, o Ministério Público de Contas opina no sentido de o Tribunal:

a) julgar irregulares as contas da Associação Sergipana de Blocos de Trio (CNPJ 32.884.108/0001-80), do sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto (CPF 310.702.215-20), presidente da ASBT, e da empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. (CNPJ 09.661.123/0001-48), nos termos dos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, e condená-los solidariamente ao pagamento da quantia a

seguir especificada, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir da data discriminada, até a data do recolhimento, abatendo-se, na oportunidade, a quantia já ressarcida, na forma prevista na legislação em vigor:

VALOR ORIGINAL DO DEBITO (R\$)	DATA DE OCORRENCIA
39.000,00	27/11/2009

b) aplicar individualmente à Associação Sergipana de Blocos de Trio (CNPJ 32.884.108/0001-80), ao sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto (CPF 310.702.215-20), presidente da ASBT, e à empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. (CNPJ 09.661.123/0001-48) a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do Regimento Interno do TCU, fixando 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 forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

d) autorizar, desde logo e caso solicitado, o pagamento da dívida dos responsáveis, 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-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os encargos legais devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

e) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Sergipe, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, para adoção das medidas que entender cabíveis;

f) enviar cópia do acórdão a ser proferido ao Ministério do Turismo;

g) autorizar, com fundamento no art. 169, inciso III, do RI/TCU, a Sec-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.”

É o relatório.