VOTO

Examina-se nesta oportunidade recurso de reconsideração interposto por José Barbosa de Andrade, ex-prefeito de São José da Coroa Grande/PE, contra o Acórdão 8.650/2018-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer Costa, mediante o qual esta Corte julgou irregulares suas contas e aplicou-lhe multa individual fundamentada no art. 58, inciso I, da Lei nº 8.443/1992.

2. O ex-prefeito foi apenado em razão da ausência da efetiva exclusividade na representação de alguns artistas pela empresa intermediária contratada pela prefeitura (empresa Forrozão Promoções Ltda.) em afronta ao disposto no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993.

3. Preliminarmente, ratifico meu despacho pelo conhecimento da presente peça recursal como recurso de reconsideração porquanto atendidos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei nº 8.443/1992 (peça 56).

4. No tocante ao mérito, a Secretaria de Recursos (Serur), em análise sobre a matéria (peças 75 a 77), que contou com a anuência do Ministério Público especializado (MPjTCU) à peça 78, propôs a rejeição das razões recursais e a manutenção da deliberação original, posicionamento com o qual, desde já, manifesto concordância, e cujos fundamentos incorporo às minhas razões de decidir, sem prejuízo das considerações a seguir.

5. Efetivamente, o recorrente não trouxe elementos capazes de provocar a reforma do acórdão adversado. Em síntese, sustenta que:

(i) a decisão do Juízo Criminal na ação penal 0000139-56.2015.4.05.8307, fundamentada na falta de comprovação da materialidade do delito, é capaz de afastar a responsabilidade do recorrente nestes autos;

(ii) os contratos de exclusividade do representante dos artistas, apresentados nos autos, atenderam os requisitos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993; e

(iii) a responsabilidade pela contratação da empresa Forrozão Promoções Ltda., a qual não era detentora da efetiva exclusividade de representação dos artistas, não deve recair sobre ele, mas sim, sobre a comissão de licitação.

6. Quanto ao primeiro argumento do recorrente, transcrevo trecho da instrução da Serur de peça 75, a qual tratou devidamente desse ponto:

> 20. Por consequência, o Juízo da 26ª Vara Federal de Pernambuco concluiu que o processo de inexigibilidade de licitação ocorreu de forma regular, nos termos do art. 25, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993. Assim, absolveu José Barbosa de Andrade (ex-prefeito), José Roberto Fernandes de Moura e Jósimo Costa da Silva (sócios da empresa Forrozão Promoções Ltda.) em relação aos delitos tipificados nos artigos 89 da Lei n. 8.666/93 c/c art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, diante da não configuração **do fato típico**, fundamentado no **art. 386, inciso III**, do Código de Processo Penal (peça 52, p. 16, 18 e 19 e consulta em 4.4.2019 ao Portal da Justiça Federal em Pernambuco: https://pje.jfpe.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/listView.seam).
>
> (...)
>
> 22. O critério para absolvição de José Barbosa de Andrade na ação penal em exame foi a falta de demonstração da materialidade dos delitos tipificados nos arts. 89 da Lei 8.666/1993 e 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/1967, fundamentada no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, conforme a parte dispositiva da decisão judicial contida à peça 52, p. 19.
>
> 23. Observa-se que o Juízo Criminal concluiu que não houve a comprovação da ocorrência dos crimes (infrações penais tipificadas nos arts. 89, da Lei 8.666/1993 e 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/1967). Nota-se que não houve o reconhecimento judicial da inexistência do fato. Em outras palavras, a sentença judicial reconheceu a ocorrência do fato, porém atípico.
>
> 24.Diversamente do que se alega, o Juízo Criminal não absolveu o recorrente por restar comprovado a inexistência do fato, hipótese descrita no art. 386, inciso I, do CPP, que sequer constou da decisão judicial. (Grifo nosso)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63442365.

7. Ante tal situação, pode-se verificar que a sentença absolutória no âmbito penal não é capaz de alterar o **decisum** ora recorrido, visto que a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que:

> A absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa e cível quando for reconhecida ou provada a inexistência do fato ou a negativa da autoria em relação ao responsável – art. 935 do Código Civil. (Acórdão 2.067/2015-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas, constante da "Jurisprudência Selecionada")

8. No que diz respeito à alegação de que os contratos de exclusividade do representante dos artistas, apresentados nos autos, atenderam os requisitos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, relembro que recentemente esta Corte debateu esse tema no âmbito do TC-024.774/2014-6, o qual gerou o Acórdão 936/2019-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, cujos trechos do voto condutor abaixo transcrevo:

> (...)
>
> 15. Em relação à indevida inexigibilidade de licitação em decorrência da inadequação dos contratos de exclusividade dos artistas, a jurisprudência do Tribunal revela-se vacilante, com deliberações no sentido de considerar que a impropriedade pode ser tida como falha de natureza formal, sem força para conduzir necessariamente à irregularidade das contas (Acórdão 1435/2017-Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo, e Acórdão 5070/2016-1ª Câmara, Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, dentre outros) e outras em sentido oposto (Acórdão 374/2017-1ª Câmara, Relator Ministro Bruno Dantas, e Acórdão 6076/2016-1ª Câmara, Relator Ministro Substituto Marcos Bemquerer Costa) .
>
> (...)
>
> 17. Veja-se que, embora paradigmático porque prolatado em sede de consulta, o referido aresto (Acórdão 1.435/2017-Plenário) não possui, em minha compreensão, alcance irrestrito, de forma a abarcar todas as situações da espécie discutidas nesta Corte. Isso porque a consulta efetuada, bem assim as discussões travadas pelos diversos Ministros que se manifestaram, cingiram-se, sempre, à: (i) efetiva comprovação de realização do evento; e (ii) eventuais diferenças entre o pagamento feito ao suposto representante exclusivo e o valor factualmente repassado aos artistas. Ou seja, considerando que o foco principal das discussões e da resposta à consulta foi a eventual existência de débito e a necessidade de instauração de tomada de contas especial, somente em relação a tal hipótese ela foi conclusiva. Isso fica claro, aliás, pela leitura do item 9.2.3 da resposta dada ao consulente, que transcrevi, sobretudo ante a utilização da expressão "podem não ensejar", em vez de "não ensejam".

9. Observo que o posicionamento vigente deste Tribunal para o deslinde da questão a respeito do julgamento das contas no caso sob análise está expresso na declaração de voto do Ministro Vital do Rego favorável ao voto vencedor do ministro José Múcio, no âmbito das discussões do processo acima mencionado (TC-024.774/2014-6), conforme abaixo transcrito:

> Quando constatada a irregular contratação de empresas por inexigibilidade de licitação, em situações em que esteja caracterizada a viabilidade de competição, compartilho do pensamento do nobre revisor que se constitui irregularidade grave e não mera impropriedade e devem resultar no julgamento pela irregularidade das contas do gestor. Nos processos relativos aos convênios do Mtur, geralmente a situação é flagrante quando está demonstrada, por exemplo, a realização de prévia cotação de preços pelo convenente com posterior contratação direta de um dos consultados, como é a hipótese do processo em tela.
>
> Por outro lado, não estando assim caracterizada, considera-se impropriedade, nos termos do Acórdão 1.435/2017-TCU-Plenário, a contratação direta, com base no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993, de empresa intermediária, quando não houver dúvida de que as cartas de exclusividade

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63442365.

> que portam tenham sido assinadas pelo próprio artista ou por seu empresário exclusivo regularmente constituído. Ressalto que esta conclusão decorre das situações em que as cartas de exclusividade são obtidas previamente às negociações e contratação (contratos de representação exclusiva apenas para eventos certos, contratos **ad hoc**).
>
> A propósito, para esse desiderato, este Tribunal, por intermédio do Acórdão 2.649/2017-TCU-Plenário, expediu orientação à Segecex/TCU e ao Ministério do Turismo para que, nos casos em que forem apresentados contrato de exclusividade, carta de exclusividade ou instrumento de procuração não registrados em cartório, realizarem levantamento de informações, a exemplo de pesquisas junto a bases de dados públicas ou privadas, de acesso público, ou mesmo obtidas junto aos signatários do convênio, entre outros meios possíveis, com vistas a comprovar a validade da representação legal do artista contratado, antes de concluir pela ausência de comprovação na aplicação dos recursos.

10. Nesse caso específico, entendo que a contratação da empresa Forrozão Promoções Ltda de fato afrontou o inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993, de modo que deve ser considerada irregularidade grave, conforme foi decidido no acórdão ora recorrido.

11. Primeiramente, pode-se verificar que boa parte dos contratos de exclusividade dessa empresa com as empresas representantes das bandas ocorreu uma semana antes do início dos eventos – 1/12/2009 – ou durante o período previsto para a realização dos eventos – 8/12/2009 a 31/1/2010. Além disso, há o fato de os contratos de exclusividade de algumas bandas terem indicado o prazo de um ano, mas nesse período as bandas foram contratadas por outras empresas.

12. Para corroborar meu entendimento, transcrevo a seguir trecho da instrução da unidade técnica, no qual é transcrito uma parte da Nota Técnica CGU 905/2011 (peça 75):

> 47.Quanto às demais bandas (Mel da Terra, Limão com Mel, Mastruz com Leite, Capim com Mel, Calango Aceso, Marreta You Planeta, Cavalo de Pau, Forró da Galega, Cascavel, Forró Chega Mais e Felipão & Banda), embora os correspondentes contratos de exclusividade tenham indicado um ano de representação exclusiva pela Forrozão Promoções Ltda. (peça 1, p. 190-196, 202-212, 218-240), tal status restou descaracterizado na Nota Técnica CGU 905/2011, a qual demonstrou que não havia, de fato, a exclusividade de representação da empresa Forrozão Promoções Ltda. em relação a diversas bandas (peça 1, p. 290-294):
>
> (...)
>
> Para as demais bandas contratadas para o evento, os contratos de exclusividade constantes dos processos de inexigibilidade asseveraram o prazo de 1(um) ano de representação exclusiva pela Forrozão Promoções Ltda. (CNPJ 01.005.210/0001-35), a contar das assinaturas. Esse período mostrava-se, a princípio, mais adequado ao que preconiza o Acórdão TCU Plenário nº 96/2008. Todavia, foram identificadas evidências de que os referidos instrumentos contratuais foram elaborados apenas para compor, do ponto de vista formal, as inexigibilidades de licitação, sem representarem, de fato, uma representação exclusiva por todo esse tempo.
>
> (...)
>
> Outras evidências identificadas foram as cartas de exclusividade e os contratos de cessão de direitos e obrigações, constantes nos registros de avença no Sistema Siconv. Esses documentos, assinados em novembro e dezembro de 2009, transferiram, inicialmente, o direito de representação exclusiva das bandas para a Forrozão Promoções Ltda. (CNPJ 01.005.210/0001-35) apenas para os dias das respectivas apresentações no evento São José Summer Beach. Contudo, poucos dias depois foram firmados contratos de exclusividade para o período de 1 (um) ano, os quais não foram publicados no Sistema Siconv. Nessa situação, desperta-se a atenção para a existência de vários instrumentos contratuais, num curto espaço de tempo, tratando diferentemente um mesmo tema.
>
> Ainda com relação aos referidos contratos de cessão de direitos e obrigações, merecem menção os casos das bandas Marreta You Planeta e Calango Aceso. Para a primeira, verificou-se que, apesar de já existir contrato de exclusividade entre os artistas e a Forrozão Promoções Ltda. (CNPJ 01.005.210/0001-35) para o período de 01/02/09 a 31/01/10, foi transferido o direito de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63442365.

representação exclusividade para a mesma empresa, apenas para o dia 16/01/10 (data prevista da apresentação). Para a segunda, constatou-se que na mesma data (01/12/09) foram firmados contrato de cessão de direitos e obrigações apenas para o dia 08/12/09 (data prevista da apresentação) e contrato de exclusividade para o período de 01/12/09 a 30/11/10.

Novas evidências da ausência de efetiva exclusividade para representação das bandas contratadas no âmbito do São José Summer Beach foram identificadas por intermédio de consultas ao Diário Oficial do Estado de Pernambuco. Nesses exames foram constatadas inúmeras contratações das bandas em comento, supostamente representadas exclusividades pela Forrozão Promoções Ltda. (CNPJ 01.005.210/0001-35), por intermédio de outras empresas.

13. Diante dessas razões apresentadas, entendo que haveria viabilidade de competição nesse caso concreto, visto que boa parte dos contratos de exclusividade foram assinados entre a empresa Forrozão Promoções e as empresas representantes das bandas. O ex-gestor selecionou essa pessoa jurídica, mas poderia ter escolhido qualquer outra empresa da área de organização de eventos ou, até mesmo, as próprias representantes das bandas. Nesse último caso, com preços inferiores aos pagos à empresa intermediária Forrozão Promoções, conforme consta da Nota Técnica CGU 905/2011 (peça 1, p. 290-294), mas que foi desconsiderada em razão de o débito ter sido excluído na deliberação ora recorrida.

14. No que concerne ao argumento de que o ex-prefeito não deveria ter sido responsabilizado pela contratação da empresa Forrozão Promoções Ltda., este também não deve prosperar. Afinal, o ora recorrente assinou o Convênio 1.456/2009 (peça 1, p. 84), trazendo para si a responsabilidade da correta aplicação dos recursos (art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal).

15. O entendimento pacífico no âmbito desta Corte de Contas é de que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa **stricto sensu**, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado. Desse modo, é suficiente a identificação da conduta do responsável que caracterize sua culpa, seja por imprudência, imperícia ou negligência, e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa (**stricto sensu**) e a irregularidade (v.g. Acórdãos 635/2017, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz e 1.512/2015, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, ambos do Plenário).

Ante o exposto, VOTO para que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Colegiado no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso de reconsideração em tela.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 26 de maio de 2020.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63442365.