

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 033.682/2015-1

Natureza(s): I Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial)

Órgão/Entidade: Associação Sergipana de Blocos de Trio

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: Rodrigo M. Alvares da Silva (OAB/SE 4.543) e Nagyane Galvão R. Martins (OAB/SE 10.600).

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 AOS ARTISTAS. CITAÇÃO. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DO GESTOR, DA INSTITUIÇÃO CONVENIENTE E DA EMPRESA INTERMEDIÁRIA. CONTAS IRREGULARES. SOLIDARIEDADE. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos (peça 80), cuja proposta de encaminhamento contou com a anuência do diretor (peça 81) e do representante do Ministério Público junto ao TCU (peça 82):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peça 62) interposto por I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda., à época dos fatos contratada para executar objeto de convênio celebrado com Órgão da Administração Pública Federal, contra o Acórdão 3184/2020 – 1ª Câmara (peça 51), relatado pelo ministro-substituto Weder de Oliveira.

1.1. Reproduz-se integralmente o teor do dispositivo da decisão impugnada:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), pelo seu presidente, o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e da empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda.;

9.2. julgar irregulares as contas do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, com fundamento nos artigos 1º, I, 16, III, "c", 19, caput, e 23, III, "c", da Lei 8.443/1992, e condená-lo, solidariamente com a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) e com a empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda ao pagamento da importância de R\$ 83.492,50 (oitenta e três mil e quatrocentos e noventa e dois reais e cinquenta centavos), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados desde 27/11/2009, até a data do efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de 15

(quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento do débito ao Tesouro Nacional;

9.3. aplicar, individualmente, à Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e à empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do RI/TCU, no valor de R\$ 149.000,00 (cento e quarenta e nove mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, III, "a", do RI/TCU), o recolhimento da dívida a os cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

9.5. encaminhar cópia da deliberação ao procurador-chefe da Procuradoria da República em Sergipe, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.

HISTÓRICO

2. A Secretaria Executiva do Ministério do Turismo (MTur) celebrou com a Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) o Convênio 897/2009 para o fim de incentivo ao turismo por meio do apoio ao projeto intitulado "Festa do Agricultor/2009" em Itabaiana, Estado do Sergipe, no período de 28 a 30/8/2009.

3. O valor do convênio foi estabelecido em R\$ 217.960,00, dos quais R\$ 200.000,00 foram repassados pelo concedente, em 25/11/2009, e o restante, R\$ 17.960,00, correspondeu à contrapartida da conveniente.

4. O plano de trabalho do objeto conveniado, dentre outros itens, contemplava a realização de concertos dos seguintes artistas nos respectivos valores:

DESCRIÇÃO	VALOR (R\$)
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	185.000,00

5. Em sua instrução inicial (peça 17), a então Secretaria de Controle Externo em Sergipe (Secex-SE) anota que o presente convênio já havia sido objeto de fiscalização no TC 014.040/20107 (que tratou das transferências voluntárias do MTur feitas à ASBT no período de 2008 a 2010), e fez o sucinto relato do histórico:

"...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).

12.1 Para as irregularidades encontradas pela equipe de fiscalização na condução desse ajuste, propôs-se no âmbito do TC 014.040/2010-7 audiências, alertas e a conversão do relatório de auditoria em tomada de contas especial, para a realização de citações.

12.2. O exame feito no convênio em apreço por parte da equipe de auditoria deste Tribunal, no bojo do TC 014.040/2010-7, não resultou na proposta de imputação de débito aos responsáveis, mas apenas a necessidade de realização de audiência e alertas.

13. Após a instrução nos autos no processo convertido (TC 009.888/2011-0), a tomada de contas especial foi julgada no seu mérito no dia 17/4/2014, mediante prolação do Acórdão 1.254/2014-TCU-2ª Câmara, publicado no Diário Oficial da União no dia 4/4/2014, que imputou multa ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto pelo cometimento de algumas irregularidades, conforme consta do subitem 9.4 do referido acórdão" (peça 17, p. 10 e 11).

6. As impropriedades que deram causa à audiência acima descrita, com relação ao convênio aqui em análise, foram (peça 17, p. 5):

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).

7. Entretanto, após a decisão acima referenciada, acórdão 1254/2014-TCU-2ª Câmara, a unidade instrutiva registra 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, inclusive indicando a ocorrência de dano ao Erário, o que demandou a realização de diligências com o fim de sanear os presentes autos".

8. Neste novo contexto, a Controladoria Regional da União em Sergipe (CGU/SE) foi diligenciada a apresentar "cópia de toda a documentação constante em papéis de trabalho que embasaram o Relatório de Demandas Externas (RDE) 00224.001217/2012-54, na parte referente apenas ao Convênio 897/2009" (peça 17, p. 8), enquanto o MTur foi diligenciado a enviar cópia integral da prestação de contas do convênio em exame, bem como dos papéis de trabalho que embasaram a análise dos seguintes itens reprovados constantes da nota técnica de reanálise financeira 514/2014.

9. Da análise da documentação enviada, a Secex-SE, em segunda instrução, concluiu: por não haver "comprovação do nexo de causalidade entre os pagamentos realizados e a execução do objeto, caracterizado está o desvio dos recursos públicos" (peça 17, p. 20). Nesse sentido, após autorização do relator, citou a Associação Sergipana de Blocos de Trio e o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto para que devolvessem os recursos públicos e/ou apresentassem as suas alegações de defesa, com fundamento nas seguintes irregularidades constantes dos expedientes de citações dos responsáveis (peças 20 e 21):

a) não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos transferidos por força do convênio mencionado, em virtude da contratação da 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 Acórdão 96/2008-TCU-Plenário;

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;

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; e

d) não demonstração do nexo de causalidade entre o valor repassado e o fim a que ele se destinava, para pagamento dos cachês das atrações artísticas objeto do convênio, pois não há como se afirmar que o valor pago à empresa Meta Empreendimentos e Serviços Gerais Ltda. foi realmente utilizado na consecução do objeto pactuado.

10. Em terceira instrução (peça 26), a então Secex-SE, após analisar as alegações de defesa, propôs: rejeição das manifestações, julgamento pela irregularidade das contas, imputação de débito parcial (no valor de R\$ 39.000,00) e aplicação de multa à Associação Sergipana de Blocos de Trio e ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, com fundamento nas seguintes irregularidades, que entendeu não elididas:

a) da contratação irregular pela ASBT da empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., que atuou como intermediária, não possuindo, portanto, a exclusividade exigida pelo art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, sem que essa empresa fosse a representante exclusiva das bandas 'Lairton e seus Teclados', 'Forró dos Plays', 'Roby e Ronner', 'Erivaldo da Carira', 'Adelmário Coelho' e 'Xote e Baião'; em afronta ao subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU- Plenário;

b) 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; em descumprimento à vedação da 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 a Cláusula Terceira, item II, alínea 'II', do termo de convênio. O Ministério Público de Contas (MP/TCU), representado pelo procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé, manifestou-se "de acordo com a proposta da Secex/SE (peça 29, p. 17-18, e peças 30 e 31), sugerindo, contudo, que, além da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992, seja aplicada ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto a multa do art. 58, inciso II, da mesma lei'."

11. O relator da decisão objurgada asseverou em sua fundamentação reputar que não há caracterização de dano ao erário nos casos em que, simultaneamente, o objeto foi cumprido mediante a apresentação dos conjuntos musicais, o vínculo jurídico entre estes e a empresa que os representou para o evento específico estava demonstrado e não havia apontamento de contratação por preços injustificadamente superiores aos normalmente praticados pelas mesmas bandas, visto que constava dos autos parecer técnico em que o MTur expressamente afirmava: "os custos indicados no projeto são condizentes com o praticado no mercado local, tendo por base as propostas anexadas ao sistema" (peça 1, p. 21 a 25). Afirmação essa referenciada no parecer jurídico Conjur/MTur 1212/2009 - item "D" (peça 1, p. 35).

12. Asseverou que em todos os convênios (eventos turísticos concedidos pelo MTur) até então analisados a Coordenação-Geral de Análise de Projetos do MTur aprovou, por meio de pareceres técnicos, os itens dos planos de trabalho propostos, o que contou com a chancela da unidade jurídica do órgão ministerial, que fez menção à aprovação da análise dos custos dos eventos constantes do plano de trabalho apresentado, como já dito anteriormente.

13. Em razão dessas aprovações tão semelhantes, determinou, quando viável, 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 era a presunção de veracidade dessa afirmação que impunha e validava os raciocínios de não comprovação de ocorrência de dano ao erário.

14. *As respostas recebidas deram conta de que não havia documentos e análises que suportassem a afirmação de ter havido real análise de custos, com o que se desfez a presunção de que os preços constantes do plano de trabalho correspondiam aos preços de mercado praticados à época. Compatibilidade, portanto, que cabe aos responsáveis e beneficiários da contratação direta, sem licitação, demonstrarem.*

15. *Disse reputar que, em todos os casos, quando conveniente uma entidade privada ou um município e nos quais os artistas tenham sido contratados sem licitação, não está presente, nos autos, comprovação de que os preços orçados pelas empresas representantes estavam em conformidade com os preços de mercado. Exigência tanto do art. 26 da Lei de Licitações, quanto do art. 46 da Portaria Interministerial 127/2008, aplicada à época dos fatos.*

16. *A seu ver, a justificativa de preços, a ser demonstrada por meio de cotação prévia, também era obrigação da ASBT, alínea "h" do item II da cláusula terceira e cláusula oitava do termo de convênio (peça 1, p. 41 e 46), bem como quando da apresentação da prestação de contas, como exigido na alínea "c" do parágrafo segundo da cláusula décima terceira do convênio celebrado (peça 1, p. 51).*

17. *Ressaltou que a falta da justificativa de preços foi motivo de citação dos responsáveis (peças 20 e 21).*

18. *Afirmou que, da mesma forma como ocorreu em outros processos, faltaram explicações para dois fatos centrais, de maneira que caberia perquirir por que a conveniente, ASBT, entidade especializada em organizar eventos, não promoveu ela mesma a contratação direta das bandas, o que lhe propiciaria menores custos e por que teria sido mister contratar uma empresa representante, a qual não era originalmente a representante exclusiva das bandas.*

19. *Registrou que a concedente, com base em declarações de entidades civis, declarou que a ASBT era capaz de realizar "o evento da natureza proposta" (parecer técnico 852/2009, peça 1, p. 23, o que foi confirmado pelo parecer jurídico Conjur/MTur 1212/2009 - item "B" peça 1, p. 32).*

20. *Dada a inexistência da justificativa de preços, considerou oportuna a infratranscrita análise da cronologia dos fatos relacionados à celebração do convênio e à contratação das bandas, eis que fornece elementos cruciais para a compreensão da verdade material desse caso.*

23. *Em 11/8/2009, a ASBT apresenta proposta 60770/2009 de plano de trabalho do convênio ao ministério, no valor de R\$ 217.960,00, detalhando o cachê de cada banda nos exatos valores do convênio assinado, no total de R\$ 185.000,00 (disponível em [...]). O convênio viria a ser assinado em 26/8/2009.*

24. *Em 14/8/2019, a empresa I9 Publicidade e Eventos Ltda. apresenta à ASBT proposta "para a realização das festividades da Festa do Agricultor, neste município, nos dias 28 e 29 de agosto" de 2009 (peça 13, p. 13).*

25. *Ou seja, a conveniente recebeu proposta de preço para contratação das apresentações depois da apresentação da proposta de convênio e do respectivo plano de trabalho ao MTur, em 11/8/2009. Observa-se também que os valores para cada show artístico constantes da proposta da empresa I9 Publicidade são idênticos aos do plano de trabalho, perfazendo o mesmo valor global de R\$ 185.000,00*

26. *Em 5/8/2009, a empresa Ferrolho Produções fornece carta de exclusividade para a apresentação do cantor Adelmário Coelho no dia 29/9/2009, na cidade de Itabaiana/SE (peça 13, p. 8).*

27. Em 6/8/2009, a empresa Lairton Produções Artísticas Ltda. fornece carta de exclusividade para a apresentação da banda Lairton & seus Teclados no dia 28/9/2009, na cidade de Itabaiana/SE (peça 13, p. 4).

28. Em 14/8/2009, a banda Erivaldo de Carira, representada por seu proprietário, fornece carta de exclusividade para apresentação na cidade de Itabaiana/SE (peça 13, p. 3).

29. Em 14/8/2009, os senhores Valdir Bezerra Sobral e Luciano Barros Teixeira fornecem carta de exclusividade para show da banda Roby & Ronner no dia 29/8/2019 (peça 13, p. 6).

30. Em 14/8/2009, o senhor Yuri Lobão Silva fornece carta de exclusividade para show da banda Xote e Baião no dia 29/8/2019 (peça 13, p. 7 e 8).

31. Em 17/8/2009, a empresa Forró dos Plays Gravações e Edições Musicais Ltda. concede carta de exclusividade para apresentação da banda Forró dos Plays, no dia 28/8/2009 (peça 13, p. 5).

21. Constatou o relator que, no caso, concedeu-se acarta de exclusividade depois de a empresa I9 Publicidade ter apresentado a proposta à ASBT, em 14/8/2009.

22. Observou que não constou dos documentos estipulação de direitos e obrigações tampouco definição do valor a ser contratado ou da remuneração da pessoa jurídica que recebeu a exclusividade para tal comercialização. Sobre essa questão, transcreveu excerto de sua declaração de voto no julgamento de que resultou o Acórdão 1435/2017-TCU-Plenário:

10. Temos observado que os instrumentos jurídicos apresentados pelos representantes do artista ('empresários ad hoc'), denominados de 'autorização, atesto ou carta de exclusividade', são instrumentos jurídicos precários, que não se configuram propriamente como contratos, por não estarem devidamente definidos os poderes e direitos de representação, os deveres e obrigações das partes, entre eles: a clara especificação do objeto, a remuneração do contratado, os limites negociais (O empresário exclusivo está autorizado, em nome do artista, a cobrar qualquer valor? O valor a ser cobrado da entidade contratante abrange quais custos: hospedagem, alimentação, transporte de equipamentos, montagem do show?) E o valor a ser percebido pelo artista (não se espera que o artista celebre um 'contrato de exclusividade' para evento certo em que não se especifique o valor que lhe deverá ser repassado em razão de sua apresentação)?

23. Apontou que em 26/8/2009 a comissão especial de licitação da ASBT emitiu "justificativa de inexigibilidade de licitação", para os fins do art. 25, III, da Lei 8.666/1993, na qual "vem justificar a inexigibilidade para contratar a empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda." (peça 12, p. 36), sem, contudo, qualquer menção à justificativa de preço, exigível pelo art. 26, parágrafo único, inciso III, da mesma lei, ou à cotação de preços praticados anteriormente pelas bandas contratadas.

24. Percebeu demonstrar a sequência cronológica dos fatos que os valores estipulados para apresentação das bandas foram definidos pelo valor disponível no plano de trabalho, e não pelos valores praticados pelas bandas com outras demandantes ou pelo mercado local.

25. Repisou que, no contexto desvelado, ante a constatação, pelas diversas respostas do MTur, não se examinou se os preços estabelecidos no plano de trabalho correspondiam a valores compatíveis com os de mercado (verificáveis a partir de propostas apresentadas quando da propositura do convênio), as omissões observadas nas autorizações/cartas/atestos de exclusividade (omissões que, em contexto distinto do acima descrito, não infirmariam a realidade do vínculo jurídico) passam a ser vistas como evidências de que a função desempenhada pela empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda., detentora da exclusividade ad hoc, prestou-se menos à legítima representação jurídica e mais à viabilização da contratação das referidas atrações

artísticas por preços superiores aos que seriam praticados por elas, diretamente, ou por seu empresário exclusivo, se por meio dele fosse feita a contratação.

26. *Teve por presentes evidências de ocorrência de dano ao erário por superfaturamento, e não de ocorrência de dano ao erário fundado essencialmente no entendimento de quebra do nexo causal por não comprovação dos requisitos legais para contratação direta de artistas, por inexigibilidade.*

27. *Para o relator, a inexistência de explicações para a necessidade de contratação dos concertos por meio da empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. e não diretamente com os empresários exclusivos das bandas, detentoras dos direitos de exclusividade, a precariedade do instrumento de vinculação da representante às bandas, combinadas com a inconsistência temporal das etapas decisórias e a inexistência de justificativa de preços, formam um quadro de robusta presunção de que a participação da empresa, no presente processo, não foi a de uma efetiva representante exclusiva, podendo ser qualificada como intermediação desnecessária, onerosa, e mesmo viabilizadora de enriquecimento sem causa.*

28. *Enfatizou que, muito embora a justificativa de preço não tenha sido realizada no momento devido, como exigido pela legislação de regência, os responsáveis tiveram a oportunidade de fazê-la em resposta à citação, de forma a elidir a presunção de superfaturamento e infirmar a imputação de dano ao erário, mas não o fizeram.*

29. *Concluiu pela evidenciação de ocorrência de dano ao erário ante a cronologia acima descrita e não estando comprovado que os preços pagos pelos concertos, intermediados pela empresa I9, tomaram por base preços que as bandas haviam praticado com outros demandantes, como exigia a legislação de regência, e, de outro lado, havendo comprovação de que o preço efetivamente cobrado pelos artistas Erivaldo de Carira e Adelmário Coelho foram expressivamente menores do que aqueles aprovados no plano de trabalho e, ainda, estando caracterizada a inexistência de justa causa para ganhos a título de representação de "exclusividade", constituindo-se a documentação jurídica apresentada nos autos como simulação de legitimidade jurídica para fins de viabilizar pagamento de valores injustificadamente superiores aos de mercado.*

30. *Por esse razão, determinou (peça 30) a feitura da citação da empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., em solidariedade à ASBT e ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, 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 havia notícias da existência deles no processo judicial) ou de declaração dos demais, pelo valor integral (devidamente proporcionalizado aos aportes dos partícipes) pago aos artistas, nos seguintes termos, considerando como data de débito aquela da 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.

31. No julgamento impugnado, conseqüentemente, examinou-se a quarta proposta de mérito da então Secex-SE (peça 45) mediante a qual se examinaram as alegações de defesa (peças 42, 43 e 44) referentes às novas citações realizadas nos termos (peças 33, 34 e 35).

32. Anuindo ao arrazoado do relator, o Tribunal entendeu que a unidade instrutiva demonstrou que a questão enfrentada não reside na realização ou não do evento, mas antes na existência de superfaturamento, denotado pela inexistência de comprovação de compatibilidade com os preços praticados no mercado local e pela diferença entre o valor repassado às bandas e o valor da nota fiscal emitida pela empresa representante.

33. A Corte entendeu que cumpria à ASBT, na condição de conveniente, em observância tanto à Portaria Interministerial 127/2008 como à Lei de Licitações, esta subsidiariamente, dar cabo de duas incumbências e que os responsáveis não o fizeram quer na fase interna do procedimento de controle administrativo quer na oportunidade em que aduziram suas alegações defensórias em resposta a suas citações. Primeiro, comprovar que os preços cobrados pela representante das bandas a serem contratadas eram compatíveis com preços por elas praticados com outros demandantes; exigência que, em outros termos, corresponderia à justificação de preços de que trata o parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993:

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III- justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

34. Segundo, apresentar justificativa de preços por meio de cotação prévia, por força da alínea "h" do item II da cláusula terceira e cláusula oitava do termo de convênio (peça 1, p. 41 e 46):

h) realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, para aquisição de bens e contratação de serviços com recursos deste convênio, observando os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, de acordo com o que dispõe a Portaria Interministerial 127/MPOG/MF/CGU, de 29 de maio de 2008, atualizada.

Cláusula Oitava - Da contratação com terceiros "Para a aquisição de bens e contratação de serviços com recursos deste convênio, o conveniente deverá realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

35. O Tribunal reputou que nem os responsáveis nem a empresa produziram prova da compatibilidade dos preços contratados com os praticados pelos conjuntos musicais com outros demandantes.

36. Enfrentou-se também no julgamento a questão da quantificação do superfaturamento quando não há documento comprobatório do pagamento efetuado pela representante à banda.

37. O relator observou que:

a) não consta dos autos ou dos da ação em curso na Justiça Federal acerca da mesma matéria recibo do pagamento efetuado às bandas Lairton e seus Teclados, Roby & Ronner e Forró dos Plays, mas está comprovado que elas se apresentaram;

b) não há meio de prova da a informação, prestada em juízo, de o conjunto musical de Adelmário Coelho recebeu o valor de R\$ 27.000,00 para a realização do evento (peça 16, p. 100). Desse montante transferiu R\$ 4.000,00 a título de comissão a um intermediário e à empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda.. Assim sendo, a diferença entre os valores (R\$ 28.000,00) deverá compor o cálculo do dano ao erário. Neste caso observa-se que: por esse concerto, a empresa I9 cobrou e recebeu R\$ 55.000,00; o artista afirma, em juízo, que recebeu R\$ 27.000,00 em espécie; que, desse valor, pagou, "a título de comissão" R\$ 4.000,00, sendo R\$ 2.000,00 à referida empresa; que resta a seguinte dívida: se a empresa recebeu apenas esse valor, a quem foram destinados os demais R\$ 28.000,00?

c) consta dos autos declaração prestada em juízo de que o conjunto Erivaldo de Carira recebeu o valor de R\$ 3.000,00 para a realização do evento (peça 16, p. 92), sendo a diferença (R\$ 7.000,00) computada como dano ao erário;

d) consta dos autos informação prestada em juízo é de que o conjunto Xote e Baião recebeu o exato valor do termo de convênio (peça 16, p. 91), razão por que o valor não deveria compor o cálculo de dano ao erário.

38. Registrou que os valores cobrados pelas representantes não eram objeto de adequada justificação na mediada em que não se empreendia exame de sua compatibilidade com os valores anteriormente cobrados pelos conjuntos para apresentações em eventos semelhantes, como exigia e exige a legislação de regência dos convênios e das licitações e que o ônus dessa demonstração é tanto da conveniente que utiliza recursos públicos federais como da empresa contratada diretamente.

39. A Corte considerou robustas as evidências de superfaturamento e, conseqüentemente, de dano ao erário e que, em face da impossibilidade de quantificá-lo cabalmente, poderia estimá-lo, em conformidade com o art. 210, § 1º, II, do Regimento Interno.

40. Daí a decisão proferida.

41. Diante disso, vem a empresa I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. impugnar a decisão mediante o recurso de instrumento juntado à peça 62.

ADMISSIBILIDADE

42. Exarou-se exame da admissibilidade do recurso à peça 63, em que se propõe dele conhecer e suspender os subitens 9.2, 9.3 e 9.4 da decisão combatida. Seu relator, Ministro Benjamin Zymler, acolheu a proposta em seu despacho trazido à peça 67. Reputa-se acertado o proposto e acolhido.

MÉRITO

43. Delimitação

43.1. Quanto ao mérito do recurso, no essencial é de perquirir:

a) se o Tribunal condenou noutras contas especiais a ora recorrente ressarcir o erário em razão do mesmo fato objeto destas e se tal fato implica duplicidade do pagamento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional (nesta instrução, item 44);

b) se a ora recorrente carece de legitimidade para figurar o polo passivo da persecução de controle administrativo (ibid., item 45);

c) se a impugnante produziu prova contrária à de que houve superfaturamento (ibid., item 46);

d) *se parecer técnico emanado no âmbito do Controle Interno vincua o julgamento do Tribunal (ibid., item 47);*

e) *na hipótese de os exames das questões precedentes não socorrerem a recorrente, se o valor do débito a ela imputado excede o adequado (ibid., item 48).*

44. Da pretensa existência de condenação anterior do Tribunal embasada na mesma ocorrência

44.1. *Às páginas 6-10 da peça 62, a recorrente sustenta no julgamento de que resultou o Acórdão 1254/2014 – 2ª Câmara, relator o Ministro José Jorge, proferido no TC 009.888/2011-0, teria sido responsabilizada pelos mesmos fatos objeto destas contas especiais, a saber: a “diferença entre os valores recebidos pelos artistas e os constantes do plano de trabalho [do convênio]”.*

Análise

44.2. *Não assiste razão à recorrente.*

44.3. *Como expressamente anotado no item 4 da fundamentação (peça 51) da decisão recorrida, o convênio foi objeto de fiscalização no TC 014.040/2010-7, em que se tratou das transferências voluntárias do MTur feitas à ASBT no período de 2008 a 2010, sendo que esse processo foi posteriormente convertido na tomada de contas especial TC-014.040/2010-7.*

44.4. *Mediante o Acórdão 1254/2014 ali proferido pela 2ª Câmara, condenou-se naquela feita a ora recorrente a ressarcir o erário por razão diversa da consistente na ocorrência de superfaturamento motivadora da condenação em débito nestas contas especiais, como se depreende da leitura do seguinte excerto da fundamentação daquela decisão:*

*4.2.4.9. Com relação às alegações das empresas citadas conforme subitem 4.2.3 desta instrução, tem-se que as mesmas não merecem acolhida, pois não se está aqui nos autos proibindo qualquer tipo de contratação por parte dos artistas/bandas de representantes locais. **O que se apontou como irregularidade passível de devolução de recursos públicos federais utilizados foi o pagamento a título de custos de intermediação empresarial com recursos dos convênios em epígrafe,** pois, para que isso acontecesse, deveria ter sido previsto na Portaria MTur 153, de 6/10/2009, o que não ocorreu. (grifou-se).*

44.5. *Tratando-se de ocorrências distintas -- causadoras, portanto, de prejuízos igualmente distintos -- descabe falar em duplicidade de condenação a ressarcir o erário pela mesma causação de prejuízo.*

44.6. *Ressalte-se, ainda, que a condenação em débito da ora recorrente naqueles autos não se referiu ao convênio aqui tratado, a “Festa do Agricultor/2009”, conforme se verifica na lista de eventos que foram objeto de citação contida no relatório do Acórdão 1254/2014-2ª Câmara (peça 286, p. 4, do TC-009.888/2011-0).*

44.7. *Ademais disso, o recorrente careceria de razão quando mesmo se tratasse da mesma ocorrência porque, como assinalado no voto condutor do Acórdão 654/1996 – 2ª Câmara,*

*O risco de um ressarcimento em duplicidade por parte do responsável está de todo afastado, em razão da orientação já sumulada nesta Corte no sentido de que os valores eventualmente já satisfeitos deverão ser considerados para efeito de **abatimento na execução** (Enunciado da Súmula-TCU nº 128). (grifou-se)*

45. Da pretensa ilegitimidade passiva da ora recorrente ante a suposta não ocorrência de conduta culposa ou dolosa de agente público

45.1. *Às páginas 10-12 e 14-16 da peça 62, a recorrente assevera que o entendimento havido no julgamento guerreado no sentido de que não merece acolhida a sustentação defensiva de que careceria ela de legitimidade para figurar no polo passivo da relação jurídica constituída na persecução de controle administrativo não se sustentaria na medida em que a Corte não teria considerado o seguinte trecho do despacho mediante o qual se ordenou sua citação:*

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.

45.2. *Não se sustentaria o julgamento em desfavor da ora recorrente porque ela não se constituiria em agente público na medida em que não se lhe aplicaria a seguinte definição dessa categoria exarada no art. 2º da Lei 8.429, de 2/6/1999, e teria o Tribunal firmado jurisprudência no sentido de que sua jurisdição não abarca a situação fática consistente em atos lesivos ao erário praticados sem o concurso de agente público.*

Análise

45.3. *A recorrente carece de razão.*

45.4. *Tratou-se no trecho de despacho em que busca socorro a recorrente de conduta reprovável de responsáveis pela entidade Conveniente causadora de prejuízo ao erário que não exclui a conduta diversa da ora recorrente concorrente para a causação do mesmo prejuízo. Tanto isso é verdade que o Tribunal a citou para apresentar alegações de defesa acerca das imputações sobre ela recaídas na persecução de controle administrativo.*

45.5. *A Corte entendeu que houve concurso de agentes - dentre eles a ora recorrente, entidade privada, e agentes públicos - nas práticas reputadas irregulares. Isso fica bastante claro no trecho infratranscrito da fundamentação (peça 51) da decisão:*

40. Desse modo, diante da cronologia acima descrita e não estando comprovado que os preços pagos pelos shows, intermediados pela empresa I9, tomaram por base preços que as bandas haviam praticado com outros demandantes, como exigia a legislação de regência, e, de outro lado, havendo comprovação de que o preço efetivamente cobrado pelos artistas Erivaldo de Carira e Adelmário Coelho foram expressivamente menores do que aqueles aprovados no plano de trabalho e, ainda, estando caracterizada a inexistência de justa causa para ganhos a título de representação de "exclusividade", constituindo-se a documentação jurídica apresentada nos autos como simulação de legitimidade jurídica para fins de viabilizar pagamento de valores injustificadamente superiores aos de mercado, evidencia-se a ocorrência de dano ao erário.

41. Por esse razão, determinei (peça 30) a realização da citação da empresa I9 Publicidade & Eventos Artísticos Ltda., em solidariedade à ASBT e ao Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, 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 recibo (uma vez que não havia notícias da existência deles no processo judicial) ou de declaração dos demais, pelo valor integral (devidamente proporcionalizado aos aportes dos partícipes) pago aos artistas, nos seguintes termos, considerando como data de débito aquela da transferência dos valores à empresa (peça 16, p. 103).

45.6. *Não se aplica ao caso concreto, de conseguinte, o seguinte entendimento do Tribunal transcrito pela recorrente (peça 62, p. 16);*

*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 1529/2007 - Plenário - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL –Relator Valmir Campelo – Data da sessão 08/08/2007) [grifou-se]

45.7. *Recai sobre a ora recorrente o ônus de produzir prova contrária à relativa produzida e ela disso não se desincumbiu por meio de suas alegações defensórias.*

45.8. *Como estabelece alínea b do § 2º do art. 16 da Lei 8.443, de 1992, regedora do processo de Controle Externo, um terceiro contratante que tenha concorrido para a prática dos atos descritos nas alíneas c e d do seu inciso III terá sua responsabilidade solidária fixada pela Corte.*

45.9. *A decisão vergastada se fundou, no concernente à condenação em débito da ora recorrente, na alínea c, do inciso III, do referido art. 16.*

45.10. *O julgamento impugnado encontra esteio na Constituição da República e, como visto aqui, na Lei 8.443/1992. Daí o descabimento da fundamentação da arguição recursal em formulações dispostas na Lei 8.429, de 2/6/1992, regedora de procedimentos judiciais em ação civil de improbidade administrativa.*

46. Da pretensa produção de prova de não ocorrência de superfaturamento

46.1. *À página 12 da peça 62, a recorrente sustenta que os recibos de pagamentos emitidos pelos conjuntos musicais trazidos aos autos fazem descabido o entendimento fundador da decisão combatida no sentido de que não se estabeleceu nexo causal entre “os valores repassados e os recebimentos pelas bandas/artistas, apesar das diferenças apontadas entre o que foi declarado na prestação de contas e o que foi informado pelos recibos”.*

46.2. *Isso faria certa a existência de “vínculo jurídico entre a empresa peticionante e as bandas/artistas contratado” e o fato de que se executaram as apresentações, consistentes no objeto do convênio.*

Análise

46.3. *A recorrente carece de razão.*

46.4. *O entendimento do Tribunal no sentido de que não restou demonstrado o nexo de causalidade entre os recursos pecuniários repassados e os pagamentos efetuados para a execução do objeto do convênio se fundou no exarado no seguinte excerto da instrução acostada à peça 54, como registrado no item 10 da fundamentação (peça 51) da decisão:*

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.

[...]

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.

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 [...]

46.5. Como asseverado no entendimento supratranscrito, a mera emissão de recibos não produz prova do nexo de causalidade aludido em casos de contratação direta por suposta inviabilidade de competição mediante certame licitatório.

46.6. A recorrente não contradiz o entendimento acerca da não comprovação da inviabilidade de competição, de maneira que não produz prova contrária ao juízo de que não se demonstrou o nexo de causalidade aludido.

47. Da pretensão efeito vinculante de parecer técnico

47.1. Às páginas 12-13 da peça 62, a recorrente sustenta que parecer técnico emanado no âmbito da Consultoria Jurídica do Ministério do Turismo no sentido da “aprovação dos preços” arrimaria o juízo de que “não houve contratação por preços injustificadamente superiores aos praticados no mercado”, executou-se o objeto do convênio e se comprovou “o nexo de causalidade entre os valores repassados os recebimentos pelas bandas/artistas”.

Análise

47.2. Descabe agasalhar a alegação.

47.3. O Tribunal possui atribuição constitucional para realizar de forma autônoma e independente a apreciação da regularidade das contas dos gestores de bens e direitos da União. Daí que as manifestações do Controle Interno nos órgãos jurisdicionados não vinculam as da Corte. De acordo com suas atribuições constitucionais, o Tribunal não está obrigado a seguir eventual entendimento de outros órgãos da Administração Pública. Pode concluir de forma diferente, desde que fundamentada.

47.4. De acordo com esse entendimento, o TCU não se encontra vinculado a conclusões emitidas por outro órgão de controle. Nesse sentido a jurisprudência pacífica do Tribunal, como se depreende da leitura dos Acórdãos 6.839/2017 – 1ª Câmara e 2.983/2016 – 1ª Câmara, relator o ministro Bruno Dantas, 1.393/2016 – Plenário e 879/2016-TCU – 1ª Câmara, relator o ministro Benjamin Zymler.

48. Da pretensão descabimento dos valores da condenação em débito e da multa aplicada

48.1. Às páginas 17-18 da peça 62, diz que o valor da condenação em débito excede o proposto pelo Ministério Público especializado, consistente em R\$39.000,00.

Análise

48.2. A recorrente não tem razão.

48.3. Os pareceres emanados pelo Ministério Público especializado não vinculam o Tribunal pelas mesmas razões expostas no item precedente desta instrução sobre a sua não vinculação a manifestações do Controle Interno.

48.4. A Corte não acolheu o entendimento do Ministério Público de Contas (peça 48) no sentido de 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)", peça 48.

48.5. Para o Tribunal, como está claro na seção IV da fundamentação da decisão atacada, na instrução do processo a questão de fundo do mérito das contas deixou de consistir na comprovação da realização do evento para se constituir na ocorrência de superfaturamento, “em razão da ausência de aferição e comprovação da adequação do preço praticado pelas bandas em eventos semelhantes” e da “inexistência de comprovação de compatibilidade com os preços praticados no mercado local e pela diferença entre o valor repassado às bandas e o valor da nota fiscal emitida pela empresa representante”.

48.6. Dessa maneira, o valor da condenação em débito corresponde ao do superfaturamento estimado na seção VI da fundamentação, e não à ocorrência a que se relacionam os R\$ 39.000,00 citados pela recorrente.

CONCLUSÃO

49. Das análises empreendidas se conclui que:

- a) o Tribunal não condenou noutras contas especiais a ora recorrente ressarcir o erário em razão do mesmo fato objeto destas e tal fato, fosse verdadeiro, não implica duplicidade do pagamento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional;
- b) é acertada a figuração da ora recorrente no polo passivo da persecução de controle administrativo;
- c) a impugnante não produziu prova contrária à de que houve superfaturamento;
- d) se parecer técnico emanado no âmbito do Controle Interno não vincula o julgamento do Tribunal;
- e) o valor do débito a imputado à ora recorrente é adequado.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

50. *Do exposto, propõe-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443, de 16/6/1992:*

a) conhecer do(s) recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) notificar da decisão sobrevinda a recorrente e os demais interessados notificados do Acórdão impugnado, sem deixar de anexar ao expediente de notificação cópia do relatório e da fundamentação da decisão.

À consideração superior, para posterior encaminhamento ao Ministério Público especializado e ao relator, ministro Benjamin Zymler.”

É o relatório.