

GRUPO II – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 019.571/2015-1

Natureza: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial)

Unidades Jurisdicionadas: Ministério do Turismo; Município Olho-d'Água do Borges - RN

Responsáveis: José Jackson Queiroga de Moraes (088.769.084-04); José Odívio Lobo Maia (185.905.944-91); Leão Produções e Eventos Ltda. - ME (10.456.575/0001-77)

Representação legal: Thamires Medeiros de Souza (12035/OAB-RN), representando Leão Produções e Eventos Ltda. - ME; Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros (3640/OAB-RN) e outros, representando José Jackson Queiroga de Moraes.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. MINISTÉRIO DO TURISMO. NÃO COMPROVAÇÃO DA REGULAR APLICAÇÃO DA TOTALIDADE DOS RECURSOS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS RECURSOS CONVENIADOS E O PAGAMENTO DAS APRESENTAÇÕES ARTÍSTICAS. REDUÇÃO DO DÉBITO E DA MULTA IMPUTADOS AOS RESPONSÁVEIS. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de recurso de reconsideração interposto por José Jackson Queiroga de Moraes (peça 82), ex-prefeito de Olho d'Água do Borges/RN, contra o Acórdão 606/2020-TCU-Primeira Câmara.

2. A tomada de constas especial que deu origem a estes autos foi instaurada pelo Ministério do Turismo em razão da impugnação total de despesas do Convênio 703777/2009, que objetivava a realização do evento intitulado “Tradicional São João Bom Qui Só”.

3. A deliberação recorrida, com voto vencedor proferido pelo revisor, Min. Walton Alencar Rodrigues, apresentou o seguinte teor:

“9.1. julgar irregulares as contas de José Jackson Queiroga de Moraes e da Empresa Leão Produções e Eventos Ltda.-ME, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’; 19; e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, e condená-los, em regime de solidariedade, ao pagamento da quantia a seguir especificada, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir da data discriminada, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

DATA VALOR (R\$)

14/9/2009 R\$ 82.600,00

9.2. aplicar a José Jackson Queiroga de Moraes e a Empresa Leão Produções e Eventos Ltda.-ME a multa individual prevista no artigo 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 219, inciso II, do Regimento Interno do TCU;

9.4. encaminhar cópia desta deliberação ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Norte, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis;

9.5. dar ciência desta deliberação aos responsáveis, ao Ministério do Turismo e ao Município de Olho d'Água do Borges – RN.”

4. Admitido o processamento do recurso, porquanto preenchidos os requisitos previstos nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992, conferi efeito suspensivo aos itens 9.1, 9.2 e 9.3 do acórdão recorrido em relação ao recorrente, estendendo-o aos responsáveis condenados em solidariedade (peça 87).

5. Instruído o presente feito, faço reproduzir, com os ajustes que julgo pertinentes, o exame técnico e o encaminhamento oferecidos pelo auditor da Secretaria de Recursos deste Tribunal (peça 107):

“MÉRITO

Delimitação

8. Constitui objeto do recurso definir se:

a) o responsável demonstrou o nexo causal (**execução financeira**) na aplicação dos recursos para a contratação das apresentações musicais previstas no plano de trabalho, da infraestrutura e da publicidade;

b) há a responsabilidade do ex-prefeito em relação aos fatos (análise da culpabilidade);

c) houve equívoca interpretação do Acórdão 96/2008-Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler (**execução financeira**).

9. Primeiramente, cabe tecer alguns comentários acerca da realização do evento.

10. O Ministro-Relator Vital do Rego deixou assente que os artistas se apresentaram no evento quando ressaltou que, ‘apesar de comprovada as apresentações’ (peça 65, p.3, item 19), não constava nos autos contratos de exclusividade, tampouco cartas de exclusividade das bandas Forrozão de Olho Nela (R\$ 5.000,00), Caçula Benevides (R\$ 5.000,00), Forró do Momento (R\$ 4.000,00) e Veneno Nordeste (R\$ 9.000,00), razão pela qual entendeu, inicialmente, que o débito deveria ser de R\$ 23.000,00.

11. O Ministro Walton Alencar Rodrigues, no voto revisor, salientou que ‘a execução do convênio não ocorreu nos termos do Plano de Trabalho aprovado’ (peça 63, p. 2, grifos acrescidos).

12. Posteriormente, o Ministro Vital do Rêgo, no voto complementar, frisou que ‘não há discussão a respeito da execução física do objeto do convênio’ (peça 64, p. 2).

13. Pois bem. Entende-se que, quando da prolação do Acórdão 606/2020-1ª Câmara, este Tribunal reconheceu que o evento em si, o ‘Tradicional São João BOMQUISÓ’, foi realizado e que as 7 (sete) bandas e o cantor Naldinho Ribeiro se apresentaram.

14. Desta feita, não procede o argumento do responsável de que ‘o ponto fundamental do questionamento da presente Tomada de Contas Especial refere-se [a] eventual ausência de comprovação da realização do evento’ (peça 82, p. 12, item 13).

Da análise do nexa causal (execução financeira) na aplicação dos recursos para a contratação das apresentações musicais previstas no plano de trabalho, da infraestrutura e da publicidade

15. O ex-Prefeito alega que o MTur fez, por meio dos Ofícios 1389 e 2313/2009/CGMC/SNPTur/MTur, novas exigências cinco meses após a realização do evento e que a prestação de contas foi inserida inicialmente no Siconv e encaminhada posteriormente ao órgão concedente por via postal. Ademais, faz referências às Notas Técnicas 94 e 249, ambas de 2013, e diz que ‘a decisão descumpriu o recomendado na mesma, inclusive não atendeu ao disposto no Acórdão 96/2008-TCU-Plenário’ (peça 82, p. 16, item 37).

16. Aduz que ‘a verba destinada ao convênio, firmado com o Ministério do Turismo, foi aplicada devidamente na realização do evento’ e que ‘as falhas apontadas são irrelevantes e não configuraram ato de improbidade, como também não comprovaram que os recursos não foram bem aplicados’ (peça 82, p. 12 e 16, itens 12 e 46, respectivamente), não tendo ocorrido dano ao erário, tampouco ato de gestão ilegítimo ou desvio de recursos.

17. Assevera que ‘foram encaminhadas na prestação de contas o RCO e REFF devidamente preenchidos, bem como os respectivos comprovantes de veiculação de vinhetas nas rádios da região, cópia de exemplares de jornais da região com a publicidade do evento, fotos contendo [a] apresentações artísticas e infraestrutura do evento, declarações dos proprietários dos equipamentos que faziam parte da infraestrutura dos shows artísticos, declarações de autoridades locais comprovando a realização do evento, comprovante de exibição do vídeo institucional de promoção do turismo brasileiro’ (peça 82, p. 12-13) e declarações dos representantes das bandas de forró que realizaram os shows.

Análise

18. A fim de subsidiar a análise, transcreve-se Tabela 1 (Itens previstos para a execução do objeto do convênio) apresentada pela então Secretaria de Controle Externo no Estado do Amazonas (peça 53) e acolhida no relatório (peça 66) que antecede ao *decisum*, que demonstra os valores alocados para cada item no plano de trabalho do Convênio 515/2009. Eis a tabela:

ITEM	VALOR (R\$)
Locação de carro de som com reboque para divulgação de spots nas cidades circunvizinhas (R\$ 150,00) por 10 dias.	1.500,00
Veiculação de vinhetas em rádios de Mossoró (300 chamadas a R\$ 20,00 cada).	6.000,00
Veiculação de vinhetas em rádios de pequeno porte da região (300 chamadas a R\$ 5,00 cada).	1.500,00
Publicidade em jornais de grande circulação (2 jornais).	2.000,00
Divulgação	11.000,00
Banda Forró Salgado (<i>show</i> de 20/6/2009).	7.000,00
Banda Forró no Momento (<i>show</i> de 21/6/2009).	4.000,00
Banda Leroada (<i>show</i> de 21/6/2009).	8.000,00
Banda Veneno Nordeste (<i>show</i> de 22/6/2009).	9.000,00
Banda Forró de Olho Nela (<i>show</i> de 22/6/2009).	5.000,00
Banda Forró do Mela (<i>show</i> de 23/6/2009).	25.000,00
Cantor Naldinho Ribeiro e banda (<i>show</i> de 23/6/2009).	9.000,00

ITEM	VALOR (R\$)
Banda Caçula Benevides (<i>show</i> de 23/6/2009).	5.000,00
<i>Apresentações musicais</i>	72.000,00
Locação de um palco para realização de evento em praça pública (medindo 12x8m com 7m de altura, estrutura metálica, incluindo cobertura e camarim climatizado) para quatro dias.	9.500,00
Equipamento de som: mesa de 32 canais, 8 compressores, 2 equalizadores, 4 <i>crossovers</i> , 20 amplificadores, 1 efeito para voz, 15 microfones com fio mais 10 microfones sem fios, 4 cubos para instrumentos 14 conjuntos de PA com Iluminação contendo 24 refletores PA 64 — 4 <i>input list</i> em forma de estrela, 02 fumaceiras para quatro dias.	9.000,00
Gerador de 180 KVA para quatro dias.	4.500,00
10 Banheiros químicos para quatro dias (R\$ 100,00 x 10 x 4).	4.000,00
<i>Infraestrutura</i>	27.000,00
TOTAL	110.000,00

19. Faz-se mister destacar, ainda, que este Tribunal imputou a José Jackson Queiroga de Morais, em solidariedade com a empresa Leão Produções e Eventos Ltda.-ME, o débito de R\$ 82.600,00, sendo que R\$ 72.000,00 estavam destinados para as apresentações artísticas e R\$ 10.600,00 para os serviços de divulgação e infraestrutura.

20. O cerne da questão é saber se o conjunto probatório constante nos autos é bastante para o estabelecimento do **nexo de causalidade** em relação às **despesas para com as apresentações musicais** e se houve a comprovação da **execução física e do nexo causal** em relação às despesas com os **serviços de divulgação e infraestrutura**.

21. Primeiramente, transcrevo excerto do ajuste (peça 1, p. 39-56), a fim de subsidiar a análise da execução financeira das despesas com as **apresentações musicais**:

‘CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - DOS DOCUMENTOS E DA CONTABILIZAÇÃO

Obriga-se a **CONVENENTE** a registrar, em sua contabilidade analítica, os recursos recebidos do **CONCEDENTE**, sendo que as faturas, recibos, notas fiscais e quaisquer outros documentos comprobatórios de despesas deverão ser emitidos em nome da **CONVENENTE**, identificando o Convênio e a especificação da despesa (...)

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

O **CONVENENTE** estará sujeito a prestar contas da boa e regular aplicação dos recursos recebidos, da contrapartida aportada e dos rendimentos das aplicações financeiras, quando houver, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados do término da vigência deste Convênio

ou do último pagamento efetuado, quando este ocorrer em data anterior ao encerramento da vigência, em conformidade com o disposto nos art. 56 a 60, da Portaria Interministerial nº 127/2008.

PARÁGRAFO PRIMEIRO. A prestação de contas deverá ser elaborada com rigorosa observância às disposições da Portaria Interministerial nº 127/2008, devendo ser composta, além dos documentos e informações inseridos pelo **CONVENENTE** no SICONV, do seguinte:

(...)

PARÁGRAFO SEGUNDO. Na hipótese dos documentos e informações abaixo relacionados não poderem ser incluídos no SICONV, mediante justificativa do **CONVENENTE**, deverão ser apresentados ao **CONCEDENTE**:

a) extrato da conta bancária específica do período do recebimento da parcela única ou da primeira parcela até o último pagamento e conciliação bancária;

(...)

d) cópia dos termos de contratos firmados com terceiros para a consecução do objeto conveniado e documentação comprobatória de sua execução;

(...)

f) cópia das faturas, recibos, notas fiscais e quaisquer outros documentos comprobatórios das despesas com a execução deste Convênio (...)

22. Observa-se que o Convênio 515/2009 explicitou como se daria a prestação de contas. Em síntese, a regra era que ‘as faturas, recibos, notas fiscais e quaisquer outros documentos comprobatórios de despesas deveriam ser emitidos em nome da CONVENIENTE’. Ademais, o ex-Prefeito, ao celebrar o ajuste, tinha ciência de que se fazia necessário a apresentação de ‘cópia dos termos de contratos firmados com terceiros para a consecução do objeto conveniado e documentação comprobatória de sua execução’ (grifos acrescidos).

23. No presente caso, a Prefeitura Municipal de Olho d'Água do Borges - RN ajustou com Leão Produções & Eventos Ltda. a ‘execução da programação artística dos festejos juninos a serem realizados (...) no período de 20 a 23 de junho (...) compreendendo show diário de 06 (seis) horas de duração no dia 20.06 com as bandas ‘FORRÓ PEGADO’, ‘CEZÃO DO FORRÓ E BANDA’ e ‘FORRÓ SALGADO’; no dia 21.06 com ‘FORRÓ DE OLHO NELA’ e ‘FORRÓ DO MOMENTO’, no dia 22.06 com as bandas ‘VENENO NORDESTINO’ e ‘FORRO LERORADA’ e dia 23.06 com ‘NALDINHO RIBEIRO’, ‘FORRÓ DO MELA’ e ‘CAÇULA BENEVIDES’, (...) em praça pública, além de toda a infraestrutura de som, palco, banheiros públicos e pessoal de apoio necessários’ (peça 9, p. 115).

24. Após essa breve digressão, passa-se à análise.

25. Desde já, ressalta-se que o responsável não tem qualquer responsabilidade pelo fato de os recursos somente terem sido transferidos em 10/9/2009 (peça 1, p. 59) e creditados em 14/9/2009 (peça 9, p. 86) para custear os festejos que estavam programados para ocorrer no período de 20 a 23 de junho de 2009. Entretanto, esse fato não afasta o dever constitucional-legal do ex-Prefeito comprovar que os recursos foram alocados para os seus fins.

26. A tabela a seguir demonstra as principais movimentações ocorridas na conta 437-3 da Agência 0763 da Caixa Econômica Federal (específica do ajuste):

Tabela extraída do extrato bancário com a movimentação dos recursos (peça 9, p. 85-86)

Data	Histórico	Crédito	Débito
26/8/2009	Cred. Autor (contrapartida)	10.000,00	
14/9/2009	Ordem bancária	100.000,00	
15/9/2009	Envio TED		110.000,00
Total		110.000,00	110.000,00

27. Pois bem. Os documentos constantes nos autos não são bastantes para o estabelecimento do nexo de causalidade em relação aos R\$ 72.000,00 previstos para com os cachês dos artistas, pelas seguintes razões de fato e de direito.

28. O que se tem é que José Jackson Queiroga de Moraes solicitou à CEF, por meio do Ofício nº 207/2009, de 14/12/2009, que fosse transferido, por meio de TED, R\$ 110.000,00 da conta específica do ajuste para a conta corrente 23.669-1 da Agência 1.102-9 do Banco Bradesco em nome da empresa Leão Produções & Eventos Ltda (peça 9, p. 83). No dia seguinte, José Laércio Vidal, assistente de negócios provavelmente da CEF, atestou o recebimento do referido Ofício. Há, ainda, nesse documento o ‘confere com o original’ emitido em 2/7/2010 por um Secretário Municipal.

29. Conforme visto na tabela supra, a cópia do extrato apresentada demonstra que, em tese, teria ocorrido um envio de TED, no dia 15/9/2009, no valor de R\$ 110.000,00. **No entanto, o aviso de débito indica** no campo valor do débito (parte superior à direita) e no campo autenticação (parte inferior à direita) **que houve uma transferência de, somente, R\$ 10.000,00 e não de R\$ 110.000,00** (peça 9, p. 89). Ou seja, partindo-se da premissa da fidedignidade desses documentos, pode-se concluir que somente R\$ 10.000,00 dos R\$ 110.000,00 dos recursos previstos no ajuste é que foram repassados à empresa Leão Produções & Eventos Ltda.

30. Esclarece-se que a nota de empenho de 9/6/2009 (peça 9, p. 90) e a ordem de pagamento 2044 (peça 9, p. 91) emitidas pela Prefeitura também não tem o condão de comprovar o destino dos R\$ 100.000,00. Explica-se.

31. A Lei 4.320/1964, em seus arts. 60 a 65, estabelece as fases de empenho, liquidação e pagamento, necessárias e sequenciais, para o dispêndio regular de recursos públicos. Empenhar uma despesa significa reservar recursos na dotação inicial ou no saldo existente para garantir a fornecedores, executores de obras ou prestadores de serviços pagamento pelo fornecimento de materiais, execução de obras ou prestação de serviços. Ou seja, nada é mais do que criar para o Estado a obrigação de pagamento, a teor do disposto no art. 58 da Lei 4.320/64, a qual, aliás, pode ser cancelada.

32. Ademais, a ordem de pagamento 2044, de 15/9/2009, por si só não tem aptidão para comprovar que os R\$ 110.000,00 foram efetivamente destinados a Leão Produções & Eventos Ltda., visto que o TED juntado aos autos é de R\$ 10.000,00. Ou seja, não há provas de que os outros R\$ 100.000,00 foram transferidos para àquela. Não se pode olvidar que o Ofício nº 207/2009 solicitava uma transferência de R\$ 110.000,00 e o TED apresentado é de R\$ 10.000,00.

33. O recibo de R\$ 110.000,00 emitido em 15/9/2009 pelo representante legal da empresa Leão Produções & Eventos Ltda (peça 9, p. 94) não é suficiente para o estabelecimento do nexos causal, tendo em vista que aquela poderia ter recebido por meio de outras fontes de recursos que não o do ajuste em tela.

34. Além do acima exposto, outra questão impede o reconhecimento do nexos causal em relação aos R\$ 72.000,00 previstos para com os cachês dos artistas. Em outras palavras, não haveria provas do nexos de causalidade em relação a tais despesas com as apresentações musicais mesmo que houvesse a comprovação (fato não provado) do repasse dos outros R\$ 100.000,00 à Leão Produções & Eventos Ltda, conforme se verá doravante.

35. É que a contratação direta, por inexigibilidade, tem guarida nos seguintes dispositivos da Lei 8.666/1993:

‘Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, **diretamente ou através de empresário exclusivo**, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

(...)

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Art. 26. [...]

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

(...)

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. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)'

36. Sabe-se que a contratação direta é uma exceção à regra constitucional (art. 37, inciso XXI, da CF/1988) e seus dois clássicos casos são a dispensa e a **inexigibilidade de licitação** e que a ausência de licitação se refere apenas à competição. Ou seja, na contratação direta, libera-se apenas a competitividade, sendo necessária, ainda, a fase de habilitação, nos termos do art.26, parágrafo único, da Lei 8.666/93, o qual estatui que haverá necessidade de um processo administrativo que será instruído com, no mínimo, 'a razão da escolha do fornecedor ou executante' e a '**justificativa do preço**' (destaque inserido).

37. Ou seja, o permissivo legal (arts. 25 e 26 da Lei 8.666, de 1993), que excepciona a competição e autoriza a contratação direta, tem o fim de selecionar artista e não empresa intermediária, tendo em vista que porque, 'na área musical, as obrigações são sempre contraídas *intuitu personae*, em razão das qualidades pessoais do artista, que é exatamente o que fundamenta os casos de inexigibilidade na Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93', conforme ementa de decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo do Inquérito 2.482 - Minas Gerais (DJe 17/02/2012).

38. No caso, os artistas descritos no plano de trabalho (peça 9, p. 55-56) é que tinham a obrigação personalíssima de fazer os shows e, por lógica, poderiam ser contratados 'diretamente ou através de empresário exclusivo', por meio da inexigibilidade de licitação. Leão Produções & Eventos Ltda., que não era empresária exclusiva descrita no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993, pois não possuía contrato de exclusividade com eles, nos termos da jurisprudência pacífica deste Tribunal, não podia ser a destinatária final dos recursos do convênio.

39. Desse modo, considerando que o ex-prefeito não comprovou que os outros R\$ 100.000,00 foram transferidos para Leão Produções & Eventos Ltda., tampouco que os R\$ 72.000,00 foram efetivamente destinados (no todo ou em parte) para os pagamentos dos cachês dos artistas, por meio deles ou dos seus empresários exclusivos, entende-se que não há o estabelecimento do nexo de causalidade em relação a esse montante.

40. O débito referente aos serviços de divulgação e infraestrutura do evento foi composto pelos seguintes itens:

ITEM COM EXECUÇÃO NÃO COMPROVADA	VALOR (R\$)
Veiculação de vinhetas em rádios de pequeno porte da região.	700,00
Publicidade em jornais de grande circulação (7 anúncios).	1.400,00
Gerador de 180 KVA.	4.500,00
10 Banheiros químicos para quatro dias.	4.000,00
TOTAL	10.600,00

41. Os serviços de **veiculação de vinhetas em rádios** de pequeno porte da região teriam sido realizados pela Rádio FM Vida no período de 17 a 23/6/2009, por meio de R\$ 700,00, conforme declaração e mapa de irradiação de veiculação em mídia (peça 9, p. 8-10 e 144-146).

42. Em relação à publicidade em **jornais de grande circulação**, somente houve a comprovação do anúncio de apenas 1 (um), conforme Nota Técnica de Reanálise 94/2013 (peça 1, p. 90 e p. 9, p. 169).

43. Em relação ao item **locação de gerador**, consta nos autos declaração emitida por Aldecir Ferreira de Freitas, proprietário da empresa A.P. De Freitas, de que realizou a locação de gerador de 180 KVA para o período de 20 a 23/6/2009 por meio de um contrato no valor de R\$ 4.500,00 (peça 32, p. 5-6). Também consta declaração de Josenildo Targino de Amorim, proprietário da empresa Amorim Promoções Artística Ltda., de que locou 10 **banheiros químicos** por R\$ 4.000,00 para os dias 20 a 23/6/2009 (peça 32, p. 34).

44. O Exmo. Ministro-Revisor Walton Alencar Rodrigues explicitou no voto condutor (peça 63, p. 6-7) do *decisum* que o fundamento de validade da glosa foi, além da falta de nexos de causalidade, a ausência de provas da execução física desses itens, *verbis*:

‘Quanto à execução da divulgação e da infraestrutura do evento, José Jackson Queiroga de Moraes e a Empresa Leão Produções e Eventos Ltda.-ME foram citados para justificarem diversas irregularidades (ofícios, peças 41 e 50, respectivamente):

(...)

José Jackson Queiroga de Moraes não trouxe novos elementos além daqueles já acostados aos autos, os quais levam a crer que o evento foi realizado, porém, não comprovam o nexo de causalidade entre os dispêndios dos recursos do convênio e o fim almejado.

Além disso, **as irregularidades verificadas impedem a conclusão pela execução integral do Plano de Trabalho, a exemplo de itens como os banheiros químicos e divulgação**. Entretanto, dada a materialidade dos itens não comprovados, de R\$ 11.000,00, a unidade técnica considerou ‘mais proporcional pugnar por ressalva do que imputar irregularidade das contas por apenas esse motivo’.

Discordo da assertiva. No caso ora avaliado, as irregularidades verificadas são muitas e referentes a diversos pontos, não tendo sido apresentados documentos suficientes para elidi-las.

Não basta executar o objeto pactuado no convênio, é preciso comprovar que o que foi realizado foi pago com os recursos da avença.

Para demonstrar a execução dos serviços, foram apresentadas meras declarações dos supostos fornecedores do grupo gerador e dos banheiros químicos, **desacompanhadas de contratos, recibos ou notas fiscais que comprovem os fornecimentos, infringindo a alínea ‘f’ do ‘parágrafo segundo’ da ‘Cláusula Décima Segunda’ do Termo de Convênio, que impõe como obrigação do conveniente a apresentação de cópia das faturas, recibos, notas fiscais e de quaisquer outros documentos comprobatórios das despesas com a execução do convênio**.

Ademais, não foram elididas as irregularidades referentes à divulgação do evento em jornal de grande circulação e às inserções de propaganda em rádio comunitária, com pagamento, o que é vedado pela Lei 9.612/1998 e pela Portaria 462/2011 do então Ministério das Comunicações.

Porém, quanto ao fornecimento da estrutura e divulgação do evento, os responsáveis foram citados apenas em razão de determinadas irregularidades. Considero que seria ineficiente, neste momento, retornar os autos à unidade técnica e reiniciar todo o processo.’

45. Sabe-se que, para a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais repassados, faz-se mister a comprovação da execução física e do nexo de causalidade (nexo financeiro). O débito de R\$ 10.600,00, acerca dos serviços de divulgação e infraestrutura do evento, tem fundamento nesses dois aspectos.

46. Considerando que não fora feita a inspeção *in loco* (prova direta, vide peça 1, p. 132, item 3), avalio a execução física desses serviços por prova indireta, documental.

47. Resta incontroverso a realização do evento e a apresentação das bandas contratadas. Todavia, cabe distinguir a realização do evento da plena concretização do objeto do ajuste.

48. Conforme visto, apesar da necessidade de se comprovarem 10 anúncios, o conveniente encaminhou exemplar de apenas 1 (peça 9, p. 169 e 214), todavia o *decisum* foi benéfico ao responsável, pois o débito de R\$ 1.400,00 se refere a 7 (sete) anúncios e não há 9 (nove).

49. Em relação ao débito de R\$ 700,00 para com os serviços de veiculação de vinhetas em rádios de pequeno porte da região, o responsável encaminhou a declaração e o mapa de irradiação de veiculação em mídia (peça 9, p. 8-10). No entanto permanece as seguintes inconsistências, conforme Nota Técnica de Reanálise 94/2013 (peça 1, p. 91) da Coordenação Geral de Monitoramento, Fiscalização e Avaliação de Contratos do MTur abaixo transcrita:

‘Nenhum dos mapas encaminhados possui o atesto do conveniente. Além disso o mapa de

veiculação da ‘Associação Comunitária Educativa FM alminafonsense (fls. 207 a 209) não pode ser considerado por se tratar de rádio comunitária (de acordo com a Lei 9.612/98 e Portaria n° 462/2011 (Ministério das Comunicações) que institui o serviço de radiodifusão comunitária no Brasil, fica vedado (sic) o pagamento de inserções em rádios comunitárias visto que as mesmas não podem veicular qualquer tipo de propaganda ou receber patrocínio de cunho eminentemente comercial’.

50. Em relação à subcontratação do Gerador de 180 KVA, este Tribunal encampou o entendimento da Coordenação Geral de Monitoramento, Fiscalização e Avaliação de Contratos do MTur adotado na Nota Técnica de Reanálise 94/2013 no sentido de que seria necessário o envio de ‘declaração da empresa fornecedora de energia elétrica do município atestando que não houve fornecimento para o evento’. Com as devidas escusas, acompanha-se o entendimento da unidade técnica de origem a qual ressaltou que ‘não está especificado no termo de convênio (peça 9, p. 67-70) nem no plano de trabalho (peça 9, p. 55) que este serviria como fonte de alimentação para o evento ao invés de apenas suprir eventuais falhas no fornecimento da concessionária de energia elétrica do local’ (peça 66, p. 10, item 66). Porém, considerando que o responsável não apresentou cópias dos ‘contratos, recibos ou notas fiscais que comprovem os fornecimentos, infringindo a alínea ‘f’ do ‘parágrafo segundo’ da ‘Cláusula Décima Segunda’ do Termo de Convênio’ (vide excerto do voto do Ministro-Relator), o débito deve permanecer.

51. Em relação ao último glosado, o responsável carrou aos autos declaração de Josenildo Targino de Amorim, proprietário da empresa Amorim Promoções Artística Ltda., de que locou 10 banheiros químicos por R\$ 4.000,00 para os dias 20 a 23/6/2009 (peça 32, p. 34). Em relação a essa questão, o MTur, na Nota Técnica de Reanálise 94/2013 (peça 1, p. 91, item 8), entendeu que o item ficou pendente de comprovação, enquanto a unidade técnica de origem deste Tribunal destacou a ‘impossibilidade de se identificar os 4 banheiros químicos ressaltados na peça 51, p. 176’ (peça 66, p. 8, item 32), razão pela qual a glosa deve permanecer.

52. Por derradeiro, não se pode olvidar que, por força do que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, do art. 93 do Decreto-lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos. Isto é, José Jackson Queiroga de Moraes **tem o ônus de comprovar que os recursos repassados por meio do Convênio 515/2009 foram destinados aos artistas, bem como as subcontratações dos serviços de divulgação e infraestrutura com os recursos do ajuste.**

53. Ressalta-se que é fundamental, para a comprovação do nexo de causalidade entre os recursos e as despesas declaradas, que os pagamentos tenham sido recebidos pelo artista ou por seu representante devidamente habilitado. Esse entendimento está contido nas seguintes deliberações, a saber: Acórdão 1583/2017, Rel. Ministro José Múcio Monteiro; Acórdãos 5833/2018 e 6328/2018, Rel. Ministro Bruno Dantas; Acórdãos 5823/2018, 11867/2018, 14534/2019, 7020/2020 sob a Rel. do Ministro Benjamin Zymler, Acórdão 3580/2019, Rel. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti; Acórdão 5904/2019, Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues; todos apreciados pela 1ª Câmara; e Acórdãos 1435/2017, Rel. Ministro Vital do Rêgo; 2730/2017, Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, do Plenário.

Da interpretação dada ao Acórdão 96/2008-Plenário

54. José Jackson Queiroga faz referência à instrução da então Secex/AM, de 22/12/2015, e a de 10/4/2017, que ensejou a sua citação, questiona o porquê da mudança de entendimento, e diz que houve uma interpretação equivocada do Acórdão 96/2008-Plenário (vide itens 24 a 26 e 37 a 45 do recurso de reconsideração – peça 82, p. 14 e 16). Ademais, diz que ‘a referida defesa, ainda, não foi analisada pelo Ministro Relator e muito menos pelo TCU’ (peça 82, p. 16).

55. Solicita que que seja considerado ‘ainda, no julgamento do presente caso, os argumentos de defesa já apresentados (e ainda não analisados) pela Empresa **LEÃO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA.**’ (peça 82, p. 20, item 51), bem como o conjunto probatório constante nas peças 32 a 36 do processo, o qual demonstra a realização do evento conforme o plano de trabalho e a adequada aplicação dos recursos.

56. Assere que a recomendação contida nos itens 9.5.1 e 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-Plenário ‘não foi observada pelo analista que, equivocadamente, considerou as cartas de exclusividade apenas para os dias do evento, que foram apensados na prestação de contas ora guerreada, como sendo contratos de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, estes sim que precisariam ser registrados em cartório’ fato este que ‘levou a emissão totalmente equivocada da nova Nota Técnica de Análise no. 0249/2013, datada de 24.05.2013, que decidiu pela REPROVAÇÃO quanto à realização do objeto (execução física)’ (peça 82, p. 18, itens 43 e 44, respectivamente), e a ausência de análise acerca do aspecto financeiro.

Análise

57. Não há qualquer interpretação equivocada da Coordenação de Prestação de Contas do MTUR quando da emissão da Nota Técnica 249/2013, da unidade técnica de origem deste Tribunal, tampouco da Primeira Câmara quando da prolação do Acórdão 606/2010.

58. A fim de subsidiar a análise, traz-se à baila excerto do paradigmático Acórdão 96/2008-Plenário da relatoria do Exmo. Ministro Benjamin Zymler. Nos subitens 9.5.1 e 9.5.1.1, este Tribunal emanou a seguinte determinação ao MTur, *verbis*:

‘9.5. determinar ao Ministério do Turismo que, em seus manuais de prestação de contas de convênios e nos termos dessas avenças, informe que:

9.5.1. quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1992, por meio de intermediários ou representantes:

9.5.1.1. **deve ser** apresentada cópia do **contrato de exclusividade** dos artistas com o empresário contratado, **registrado em cartório**. Deve ser ressaltado que **o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade** apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento;’ (destaques inseridos).

59. Posteriormente, o Plenário, por meio do Acórdão 1435/2017 da relatoria do Exmo. Ministro Vital do Rêgo, respondeu ao Ministério do Turismo em sede de consulta que:

‘ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer da consulta, por atender aos requisitos de admissibilidade;

9.2. responder ao consulente que:

9.2.1. a apresentação apenas de autorização/atesto/carta de exclusividade que confere exclusividade ao empresário do artista somente para o(s) dia(s) correspondente(s) à apresentação deste, sendo ainda restrita à localidade do evento, não atende aos pressupostos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, representando impropriedade na execução do convênio;

9.2.2. do mesmo modo, contrariam o sobredito dispositivo legal as situações de contrato de exclusividade – entre o artista/banda e o empresário – apresentado sem registro em cartório, bem como de não apresentação, pelo conveniente, do próprio contrato de exclusividade;

9.2.3. tais situações, no entanto, podem não ensejar, por si sós, o julgamento pela irregularidade das contas tampouco a condenação em débito do(s) responsável(is), a partir das circunstâncias inerentes a cada caso concreto, uma vez que a existência de dano aos cofres públicos, a ser comprovada mediante instauração da devida tomada de contas especial, tende a se evidenciar em cada caso, entre outras questões, quando:

9.2.3.1. houver indícios de inexecução do evento objeto do convênio; ou

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.

9.3. enviar cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, ao

Ministro do Turismo;

9.4. determinar o arquivamento do presente processo.’

60. Donde se vê que tanto o Acórdão 96/2008-TCU-Plenário quanto o Acórdão 1435/2017-TCU-Plenário assentaram o entendimento que **o contrato de exclusividade** dos artistas com o empresário contratado **deve ser registrado em cartório**. A diferença entre eles é que o Plenário, no primeiro *decisum*, somente considerou legal o contrato de exclusividade (não abarcando a carta de exclusividade) dos artistas com o empresário contratado para fins de comprovação da inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

61. Ademais, ressalta-se que o Plenário, por meio do Acórdão 1435/2017, respondeu ao consulente que **a apresentação apenas de autorização/atesto/carta de exclusividade**, que confere exclusividade ao empresário do artista somente para o(s) dia(s) correspondente(s) à apresentação deste e é restrita à localidade do evento, **não atende aos pressupostos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, representando impropriedade na execução do convênio**.

62. Mais recentemente ainda, o Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues levou à apreciação do Plenário o TC 022.890/2015-7, em razão da relevância do tema. A fim de subsidiar a análise, transcreve-se excerto do voto condutor do **Acórdão 2730/2017-TCU-Plenário**, *verbis*:

‘A alegação do defendente de que a WM Produções e Eventos Ltda. detinha contratos de exclusividade dos artistas não encontra respaldo nos autos nem no Siconv. Não localizei em nenhum dos dois, nem mesmo, cartas de exclusividade emitidas pelos artistas ou por seus empresários exclusivos, designando a produtora representante durante os dias e no local do evento.

Recentemente, ao apreciar a consulta formulada a esta Corte pelo MTur, no âmbito do TC 022.552/2016-2, a respeito da não apresentação de contratos de exclusividade de artistas contratados com fulcro no art. 25, III, da Lei 8.666/1993, foi prolatado o Acórdão 1.435/2017-Plenário, com o seguinte teor:

(...)

Nos termos da resposta dada ao consulente, a apresentação documento que confere exclusividade a empresário do artista somente para o dia e a localidade do evento não atende aos pressupostos estabelecidos no inciso III do art. 25 da Lei de Licitações e Contratos, para contratação direta por inexigibilidade. Ainda assim, não dá ensejo, por si só, a julgamento das contas pela irregularidade, tampouco condenação em débito, cabendo apuração acerca da efetiva realização da apresentação contratada (9.2.3.1) bem como do nexos de causalidade entre os recursos do convênio e o pagamento do artista (9.2.3.2), nexos esse evidenciado pela apresentação de recibos ou outros documentos que comprovem que os recursos convencionais foram percebidos pelo artista ou por seu representante exclusivo, seja este detentor de contrato de exclusividade, instrumento de procuração ou carta de exclusividade, todos eles registrados em cartório.

A meu ver, o entendimento adotado no Acórdão 1.435/2017-Plenário requer premente evolução, por traduzir solução excessivamente condescendente com gestores que contratam artistas sem licitação, com fulcro no art. 25, III, da Lei 8.666/1993, a seguir transcrito, sem que estejam presentes os requisitos estabelecidos pelo dispositivo legal:

‘Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.’

Ainda que se adote o Acórdão 1.435/2017-Plenário como parâmetro, não haveria como relevar a contratação de artistas e de locutor por empresa que não detinha contratos de exclusividade, situação verificada nestes autos. Isso porque não foram apresentados documentos que comprovem que os recursos convencionais destinados a cachês foram percebidos pelos artistas ou por seus representantes, habilitados por meio de contrato de exclusividade, instrumento de procuração ou carta de exclusividade, registrados em cartório, como prevê o item 9.2.3.2 da deliberação.

Além disso, o termo do Convênio 697/2009 (Siafi 704.113 – peça 1, p. 34-51) exige, expressamente, em sua cláusula terceira, alínea ‘II’ (peça 1, p. 39), na hipótese de contratação direta de artista consagrado, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993, por meio de intermediário ou representante, apresentação de contrato de exclusividade, sob pena de glosa dos valores envolvidos, ressaltando ainda que contrato de exclusividade não se confunde com autorização que confere exclusividade para o dia da apresentação do artista e que é restrita à localidade do evento.

Assim, as circunstâncias destes autos impõem a aplicação do item 9.2.3, do Acórdão 1.435/2017-Plenário, que expressamente assevera necessidade de serem examinadas as circunstâncias inerentes a cada caso concreto. Assim, neste caso concreto, desde a celebração do convênio, o defendente tinha pleno conhecimento da necessidade de apresentar contrato de exclusividade, com abrangência espacial e temporal que exceda a data e localidade do evento, caso decidisse contratar e pagar artistas sem licitação, por meio de intermediário ou representante, com amparo no art. 25, III, da Lei 8.666/1993. Também de que qualquer comprovante de despesa emitido por intermediário ou representante não detentor de contrato de exclusividade, como é o caso da nota fiscal emitida pela WM Produções e Eventos Ltda., estaria sujeito a glosa.

A nota fiscal emitida pela empresa WM Produções e Eventos Ltda. não se presta a comprovar nexo de causalidade entre os recursos federais repassados e as apresentações dos artistas e do locutor porque, por imposição do termo convencional, somente poderiam receber em nome deles o intermediário ou representante a quem tivesse sido conferido contrato de exclusividade com abrangência espacial e temporal que exceda a data e localidade do evento.

Além disso, diversamente do consignado no item 9.2.1 do Acórdão 1.435/2017-Plenário, a ausência de comprovação de pagamento ao detentor de contrato de exclusividade não caracteriza mera ‘impropriedade’, mas irregularidade grave. O próprio dispositivo assevera que a ausência do documento infringe o art. 25, III, da Lei 8.666/1993. Na verdade, mais que isso; transgride o imperativo constitucional insito no art. 37, XXI, da CF/1988, que exige que os serviços sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, ressalvados os casos especificados na legislação.

A contratação da produtora sem licitação se revela tanto mais grave quando se verifica que a Lei 8.666/93, em seu artigo 89, impõe pena de 3 a 5 anos de detenção a quem dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade. O tipo objetivo desse delito é o dolo, correspondendo ao conhecimento, pelo agente, de que a dispensa ou inexigibilidade da licitação irá efetivar-se em desacordo com a lei ou com menosprezo das formalidades que a lei exige.

Conforme o art. 25, caput, da Lei 8.666/1993 é inexigível a licitação nas hipóteses em que houver inviabilidade de licitação. Não há inviabilidade de licitação nos casos de contratação de empresa para intermediar contratação de artistas. Os processos julgados por esta Corte evidenciam a existência de diversas promotoras de eventos, por todo o país, aptas a organizar eventos e contratar de artistas. E, havendo possibilidade de competição entre promotoras de eventos, é imperioso licitar, a fim de garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, bem como o atendimento aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

(...)

Diante de tamanho descalabro no uso de recursos transferidos para execução de convênios que preveem contratação direta de artistas com fulcro no art. 25, III, da Lei 8.666/1993, não pode TCU consentir com abrandamento do rigor do MTur, na formalização e no exame das respectivas prestações de contas.

Por essas razões, rejeito as alegações de defesa apresentadas, julgo irregulares as contas especiais, condeno os responsáveis ao pagamento de débito, no valor histórico de R\$ 183.040,00, na forma proposta pela unidade instrutiva, bem assim da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.’

63. Como se vê, a empresa Leão Produções & Eventos Ltda. era mera intermediadora e não a empresária exclusiva descrita no inciso III do art. 25 da Lei 8.666, de 1993, de quaisquer das bandas, haja vista que as cartas de exclusividade (peça 9, p. 98-108) possuíam data específica para apresentação das bandas; ou seja, não comprovam que aquela era detentora de contrato de exclusividade dos artistas.

64. O entendimento de que a contratação de empresa intermediária, por meio da inexigibilidade de licitação, sem a presença do **contrato de exclusividade**, viola à Lei 8.666, de 1993, **é grave violação a norma legal e não mera impropriedade formal** é, smj, o predominante na jurisprudência deste Tribunal, conforme excerto do voto condutor do Acórdão 374/2017-TCU-1ª Câmara, da relatoria do Exmo. Ministro Bruno Dantas, abaixo transcrito:

‘12. Em primeiro lugar, é cediço que a falta dos contratos de exclusividade dos artistas representa grave infração à norma legal e regulamentar, e não mera impropriedade de natureza formal, conforme assentado por esta Corte pelo menos desde o paradigmático Acórdão 96/2008-TCU-Plenário. É inegável que a ausência de apresentação do contrato de exclusividade em questão torna irregular a contratação por inexigibilidade de licitação, pois tal documento é imprescindível para caracterizar a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993.

13. É importante repisar que, além de ter restado clara a necessidade de sua apresentação, o contrato de exclusividade difere da autorização (também chamada de carta de exclusividade) que confere tal prerrogativa apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento, conforme explicado no Acórdão 96/2008-TCU-Plenário.

14. Já me posicionei em outros processos de semelhante objeto, a exemplo dos Acórdãos 4.935, 5.543, 5.871 e 6.533/2016, todos da Primeira Câmara, afirmando que, via de regra, essa anomalia justifica o julgamento pela irregularidade das contas e a aplicação de multa ao responsável. A imputação de débito é cabível quando não é possível atestar o pagamento para a empresa contratada pelo conveniente ou quando há indícios de inexecução do evento objeto do convênio.’

65. A fim de comprovar a assertiva anterior, trago à baila ainda excerto do voto condutor do Acórdão 10153/2017-TCU-2ª Câmara proferido pelo Exmo. Ministro José Múcio Monteiro, *verbis*:

‘12. Atestada a realização dos shows, consequência natural é a comprovação da execução dos itens correlatos, como a locação do palco, iluminação e som.

13. Não obstante, alinho-me ao proposto pelo Ministério Público em relação ao mérito das contas. A contratação direta, por inexigibilidade, mediante apresentação de mera ‘carta de exclusividade’ é razão suficiente para apor mácula às contas. A jurisprudência do TCU é firme nesse sentido. No voto condutor do Acórdão 8.731/2017 – 2ª Câmara, assinalei:

‘11. É certo que o Tribunal, nessas situações, quando devidamente comprovada a execução do objeto conveniado com os recursos do ajuste, tem decidido que a ausência de apresentação do contrato de exclusividade do artista com empresário na contratação direta de shows por inexigibilidade de licitação não configura débito.

12. Inobstante, as decisões têm sido firmes também no sentido de considerar que esse tipo de contratação ‘caracteriza grave infração à norma legal e regulamentar, não mera impropriedade de natureza formal, ensejando, ainda que não configurado dano ao erário, condenação em multa e julgamento pela irregularidade das contas, pois o contrato de exclusividade é imprescindível para caracterizar a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993’, conforme consta do voto condutor do Acórdão 374/2017-1ª Câmara.

13. Nessa linha, foram trazidos pela unidade técnica os Acórdãos 5.662/2014-1ª Câmara, 2.660/2015-1ª Câmara, 1.440/2016-2ª Câmara e 4.639/2016-1ª Câmara, dentre tantos outros proferidos por esta Corte de Contas sobre a matéria’.

66. Nesse sentido, tem-se ainda os Acórdãos 5288/2019, Rel. Ministro Aroldo Cedraz e 5180/2020-2ª Câmara, Rel. Ministro Marcos Bemquerer Costa. É de bom alvitre salientar que o Parecer Técnico 393/2009 (peça 1, p. 27) e o Parecer Conjur 719/2009 do MTur que precederam a celebração do ajuste destacaram que devia ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos

artistas com o empresário contratado, registrado em cartório, sob pena de glosa dos valores envolvidos. Ou seja, o MTur, quando da emissão do Parecer Técnico 249/2013 do MTur (peça 1, p. 101-103), apenas reiterou a necessidade da observância do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário e da apresentação do contrato de exclusividade quando da prestação de contas, razão pela qual não há qualquer contradição entre aquele e o Acórdão 606/2020-1ª Câmara.

Da análise da culpabilidade

67. O recorrente argui que ‘não agiu dolosamente no intuito de causar qualquer espécie de dano ao erário’ (peça 82, p. 20, item 56, grifos no original). Ou seja, diz que agiu com absoluta lisura, razão pela qual requer o reconhecimento da boa-fé.

68. Apresente doutrina de Paulo Bonavides acerca dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (peça 82, p. 20-21), e pleiteia o provimento do recurso de reconsideração, tendo em vista que ‘não cometeu nenhuma falta grave que justifique as referidas reprimendas’ (peça 82, p. 20, item 64, grifos no original).

Análise

69. No âmbito do TCU, é considerado de boa-fé o responsável que, embora tenha concorrido para o dano ao erário ou outra irregularidade, seguiu as normas pertinentes, os preceitos e os princípios do direito (v.g Acórdão 7936/2018-2ª Câmara, Rel. Ministro Augusto Sherman).

70. No caso concreto, o que se viu foi justamente o contrário, tendo em vista que o responsável não apresentou provas de que os R\$ 72.000,00 previstos no Plano de Trabalho foram direcionados para o pagamento dos cachês dos artistas. Reitera-se que não há nem mesmo provas de que a empresa Leão Produções e Eventos Ltda recebeu tais valores, visto que somente o TED juntado aos autos é de R\$ 10.000,00. Ademais, não houve comprovação da execução física total dos serviços de divulgação e infraestrutura do evento, razão pela qual permanece o débito de R\$ 10.600,00.

QUESTÃO ADICIONAL

71. Sabe-se que a análise de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do TCU pode ser realizada em todos os processos pendentes de apreciação de recurso, conforme entendimento consagrado nos Acórdãos 1160/2015 e 993/2017, ambos do Plenário e sob a relatoria do Ministro João Augusto Ribeiro Nardes.

72. Esta Secretaria de Recursos (Serur) fez uma análise tanto do fenômeno da prescrição da pretensão reparatória quanto da pretensão punitiva no bojo do TC 027.624-2018-8, em face da particular relevância, dado o recente julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da repercussão geral).

73. Recentemente, o Plenário deste Tribunal reiterou, por meio do Acórdão 2620/2020, o entendimento da imprescritibilidade do débito e da inaplicabilidade da Lei 9.873/1999, conforme excerto do voto do Ministro Vital Rêgo abaixo transcrito:

29. Não merece acolhimento a arguição da recorrente de prescrição quinquenal da pretensão de ressarcimento.

30. A abordagem desse tema sobre a prescrição da pretensão reparatória do TCU parte da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (Tema 899).

31. O auditor da Serur (peça 151), acompanhado pelo diretor (peça 152), e o dirigente máximo da unidade técnica (peça 153) sustentam que, até que sobrevenha norma específica para disciplinar a prescrição relativa à atuação do TCU, deve ser adotado de forma analógica o regime previsto na Lei 9.873/1999. No entanto, asseveram que a aplicação desse regime ao caso em análise revela não ter ocorrido a prescrição.

32. A representante do MPTCU (peça 155) entende que, até que sobrevenha norma específica, a adoção do regime previsto na Lei 9.873/1999 apresenta-se como solução adequada para regular a prescrição para a atuação do Tribunal. Ressalta que, no caso concreto, a aplicação analógica do regime previsto na Lei 9.873/1999 revela a inoccorrência de prescrição, seja pelo prazo geral fixado

no art. 1.º, caput, da lei, seja pela forma intercorrente estabelecida no seu art. 1.º, § 1º.

33. Nota-se, portanto, que a Serur e o MPTCU entendem adequada a aplicação do regime previsto na Lei 9.873/1999 como marco prescricional para a atuação do TCU e, concluem que a aplicação desse regime ao presente caso indica não ter ocorrido a prescrição da pretensão de ressarcimento do débito apurado.

34. Destaco, inicialmente, que a decisão do STF no Tema 899, cuja repercussão geral foi reconhecida no âmbito do RE 636.886, ainda não transitou em julgado naquela Corte, estando pendente de apreciação de embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), justamente para melhor compreensão de seu exato alcance.

35. Com relação à prescrição da pretensão de ressarcimento, deixo de acolher a tese apresentada pela unidade técnica e pela eminente Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, no sentido de aplicar o regime previsto na Lei 9.873/1999.

36. Considero que não se pode ignorar os recentes posicionamentos do STF acerca da prescrição que se opera nos processos do TCU, a exemplo do que restou decidido em especial no MS 35.512, em que o STF entendeu que se deve aplicar o prazo previsto na Lei 9.873/1999 para a prescrição da pretensão ressarcitória.

37. No âmbito do TCU, entendeu-se que o alcance da decisão proferida no MS 35.512 cingir-se-ia ao reconhecimento exclusivo da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, razão pela qual foi prolatado o Acórdão 2.892/2019-TCU-Plenário (TC 030.229/2015-4), que condenou em débito o responsável. Tal deliberação do TCU ensejou a interposição da Reclamação 39.497/DF junto ao STF, cuja apreciação foi publicada em 2/7/2020. A Suprema Corte julgou procedente a Reclamação 39.497/DF, decretou a nulidade dos efeitos do Acórdão 2.892/2019-TCU-Plenário e reconheceu a ocorrência da prescrição, em cinco anos, nas esferas punitiva e ressarcitória, nos termos da Lei 9.873/1999.

38. Embora tal quadro denote incertezas acerca do instituto da prescrição da pretensão ressarcitória, cujo deslinde no STF poderá assumir novos contornos, levando em consideração que os embargos de declaração opostos pela AGU face do RE 636.866 encontram-se pendentes de apreciação, conforme já mencionado.

39. Nesse sentido, opto por aplicar ao presente caso a jurisprudência dominante nesta Corte de Contas, sedimentada na Súmula TCU 282, segundo a qual é imprescritível a pretensão de ressarcimento por parte da União.

40. Registro que recentes decisões deste Tribunal, adotadas após o que restou deliberado pelo STF no Tema 899, também abraçaram a tese da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória no âmbito do controle externo, a exemplo dos Acórdãos 5.236/2020-TCU-1ª Câmara, 6.171/2020-TCU-2ª Câmara, 6.084/2020-TCU-1ª Câmara, 5.681/2020-TCU-2ª Câmara, 6.846/2020-TCU-2ª Câmara, 6.676/2020-TCU-2ª Câmara, 6.707/2020-TCU-2ª Câmara, 6.473/2020-TCU-1ª Câmara, 6.466/2020-TCU-1ª Câmara, 6.465/2020-TCU-1ª Câmara, entre outros.

74. Assim, apesar de o responsável não ter alegado a prescrição do débito, tampouco da multa de R\$ 50.000,00 cominada com fundamento no art. 57 da Lei 8.443, de 1992, analisa-se de ofício a matéria.

75. Em relação ao débito, não haveria, então, que se cogitar do fenômeno da prescrição, tendo em vista que a tese fixada por este Tribunal da imprescritibilidade das ações de reparação de dano movidas pelo Estado, fundadas em decisões das Cortes de Contas.

76. No que concerne a prescrição da sanção punitiva, o Tribunal decidiu, em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, que a pretensão punitiva do TCU se subordina ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), dez anos. Assim, considerando que ‘o convênio foi celebrado em 19/6/2009 (peça 1, p. 56), os recursos federais foram repassados em 14/9/2009 (peça 12, p. 3) e o despacho determinando a realização de citação e audiência foi exarado em 24/2/2016 (...), ‘não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, visto que houve interrupção dentro do lapso temporal decenal’ (vide *item* 17, p. 3, peça 66 do relatório que

antecede ao *decisum*).

CONCLUSÃO

77. O ex-Prefeito não comprovou o nexo causal em relação às despesas para com as atrações musicais, visto que, para a regular aplicação dos recursos federais repassados, faz-se mister comprovar que os R\$ 72.000,00 previstos no Convênio 515/2009 foram, em algum momento, entregues, no todo ou em parte, aos artistas, pois eles é que tinham a obrigação personalíssima de realizar os shows e, conseqüentemente, teriam direito a receber os recursos do ajuste.

78. Ademais, não há provas de contratação do gerador de 180 KVA, dos 10 banheiros químicos para quatro dias, de 7 (sete) anúncios em jornais de grande circulação e a veiculação de vinhetas em rádios de pequeno porte da região, não tendo, desta feita, o responsável comprovado a execução física e financeira dessas despesas no montante de R\$ 10.600,00.

79. Conclui-se, por fim, que o débito é imprescritível e que não ocorreu o fenômeno da prescrição da multa, nos termos da jurisprudência deste Tribunal.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

80. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I; e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e ao Gabinete do Relator, propondo:

- a) conhecer do recurso de José Jackson Queiroga de Moraes e, **no mérito, negar-lhe provimento;**
- b) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida por esta Corte ao recorrente e à Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Norte.”

6. O diretor da subunidade da Serur acompanhou a instrução precedente em relação à análise da execução física e financeira do convênio. Todavia, fez considerações acerca da prescrição de pretensão reparatória e punitiva desta Corte, à luz dos critérios da Lei 9.873/1999, tendo em vista a decisão do STF no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da repercussão geral) **até o momento que foi redigido seu pronunciamento**, em 28/10/2020 (peça 108).

“12. Não se verificou a prescrição punitiva, mesmo adotando-se como referência a Lei 9.873/1999, tida pelo STF como norma regente da prescrição da pretensão punitiva pelos Tribunais de Contas.

13. Conforme pode-se observar não ocorreu o fenômeno da prescrição pelo critério do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, tampouco pelo critério da Lei 9.873/1999.

14. Feito esse adendo, manifesto-me de acordo com a proposta do auditor instrutor no sentido de conhecer deste recurso, para no mérito negar-lhe provimento.”

7. Por seu turno, o titular da secretaria especializada divergiu, no mérito, da proposta apresentada nos pareceres precedentes, conforme pronunciamento abaixo transcrito (peça 109), que contou com a anuência Ministério Público junto ao TCU (peça 110):

“Trata-se de recurso de reconsideração interposto por José Jackson Queiroga de Moraes, ex-prefeito de Olho d'Água do Borges/RN, em face do Acórdão 606/2020-TCU-1ª Câmara (redator min. Walton Alencar Rodrigues).

2. Seguindo o entendimento perfilhado no **Acórdão 1.435/2017-TCU-Plenário** (rel. min. Vital do Rêgo), o relator do presente feito, também o min. Vital do Rêgo, sustentou, sob a ótica da execução financeira, que parte dos recursos reservados no plano de trabalho para pagamento de cachês dos artistas foram comprovados para três bandas e um cantor, apesar de, quanto à execução física, ter compreendido que todas as oito atrações musicais previstas no instrumento de convênio ocorreram (voto complementar - peça 64):

“No tocante às bandas, mantenho minha posição original. **Da análise das cartas de exclusividade dada à empresa Leão Produções pelas bandas, foi possível vinculá-las aos artistas três delas** (Forró do Mella, Forró Salgado e Forrozão Leroda) e para o cantor Naldinho Ribeiro. Tal fato

demonstra a vinculação dos recursos do convênio ao pagamento feito à aludida empresa em relação às referidas bandas. Logo, o débito deve ser relativo apenas ao pagamento das bandas cujas cartas de exclusividade não tiveram esse condão (R\$ 23.000,00).

Desta forma, o débito a ser imputado, nesta oportunidade, é R\$ 33.600,00.

Registro, por fim, que não há discussão a respeito da execução física do objeto do convênio. Ressalto, também, que as bandas previstas no termo de convênio (oito bandas) tiveram sua apresentação comprovada.’ (grifei).

3. Contudo, prevaleceu a posição do revisor, min. Walton Alencar Rodrigues, segundo a qual **a mera ausência de contrato de exclusividade entre o artista e seu empresário é suficiente para a quebra do nexo causal** entre os recursos repassados via transferência voluntária e as despesas para realização de eventos musicais ou outras atrações festivas. Nesse sentido, **o recorrente foi condenado a restituir à União a totalidade dos recursos recebidos**.

4. Não desconheço que, apesar de o Acórdão 1.435/2017-Plenário ter sido prolatado em sede de consulta formulada pelo Ministério do Turismo, esta egrégia Corte ainda não pacificou a questão por inteiro.

5. Por intermédio do **Acórdão 936/2019-Plenário** (rel. min. José Múcio), por exemplo, o TCU entendeu que cartas de exclusividade ou outros documentos de caráter temporário, emitidos por empresas intermediárias, não se prestam a afastar o débito, ainda que registrados em cartório, salvo se acompanhados de *‘(...) documentos que comprovem os valores cobrados pelos artistas, a título de cachê, e o efetivo recebimento pelos artistas’* (grifei). A seguir, as teses que balizaram o julgado:

‘1. O art. 25, *caput*, da Lei 8.666/1993, que trata da inviabilidade de competição e das hipóteses de inexigibilidade, veda a contratação de empresas intermediárias, sem licitação, para a realização de eventos, custeados com recursos federais, mediante cartas de exclusividade, conferidas por artistas ou por seus empresários exclusivos.

2. A ausência de comprovação de pagamento ao artista, ou ao empresário exclusivo, que é o único detentor do contrato de exclusividade, não caracteriza mera ‘impropriedade’, mas grave ilícito, em razão da apropriação, pelo intermediário, escolhido pelo prefeito, sem licitação, dos valores devidos ao artista.

3. A apresentação de propostas por empresas que, posteriormente, obtém cartas de exclusividade dos artistas pré-selecionados para os dias e locais dos eventos já é suficiente para demonstrar a viabilidade de competição.

4. Viável a competição, o art. 37, inciso XXI, da CF/1988 impõe a instauração de processo licitatório com igualdade de condições a todos os interessados em oferecer o serviço, que garanta a contratação da melhor proposta para a Administração.

5. A inexigibilidade de licitação apenas se legitima pela contratação direta de profissional do setor artístico, ou do seu empresário exclusivo, que não se confunde com o mero detentor de carta temporária ou procuração, ainda que registrados em cartório.

6. Instrumentos de procuração, cartas de exclusividade e outros documentos de caráter temporário - ainda que registrados em cartório e associados a notas fiscais - **desacompanhados de documentos que comprovem os valores cobrados pelos artistas, a título de cachê, e o efetivo recebimento pelos artistas, não elidem o débito**, na aplicação dos recursos federais’ (grifei).

6. Como se vê, de um lado, pelo Acórdão 1.435/2017-Plenário, a existência de carta de exclusividade ou documento análogo é capaz de justificar a correta aplicação dos recursos se os demais documentos presentes nos autos não denotarem, segundo as circunstâncias do caso concreto, indícios de inexecução do objeto ou que os pagamentos tenham sido recebidos pela empresa intermediária (subitem 9.2.3). De outro, pelo Acórdão 936/2019-Plenário, a carta de exclusividade só se presta a comprovar a regularidade do gasto se acompanhada de documentos que comprovem a compatibilidade entre os valores recebidos pela empresa intermediária e

repassados efetivamente aos artistas, a título de cachê.

7. É certo que o Acórdão 1.435/2017-TCU-Plenário, a par de evidenciar ilegalidade na falta de contrato de exclusividade entre o artista e seu representante, para fins de justificar a hipótese de inexigibilidade de licitação a que se refere o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, trouxe segurança jurídica ao debate na medida em que respondera ao Ministério do Turismo aspectos fático-jurídicos fundamentais sobre a interpretação da legislação, o alcance dos fatos e aplicação do Direito em casos como o deste processo, orientando o órgão a analisar outras tomadas de contas especiais a partir do entendimento a ele consubstanciado.

8. A presente tomada de contas especial foi instaurada em 2015, antes do aludido acórdão em processo de consulta, quando havia ainda mais incertezas sobre a matéria. Ademais, não constou das obrigações do convenente a juntada de documentação comprobatória dos valores efetivamente recebidos pelos artistas. Logo, não me parece razoável exigir a aplicação do entendimento firmado pelo Acórdão 936/2019-TCU-Plenário.

9. Para definição de um marco modulatório de incidência deste posicionamento mais recente do TCU, adoto os fundamentos constantes do Acórdão 11.787/2020-TCU-1ª Câmara (rel. min. Bruno Dantas), *'segundo o qual, para os convênios celebrados antes da Portaria MTur 153/2009, o Tribunal deve admitir a composição do nexo de causalidade com os documentos que comprovem o pagamento à empresa contratada, sem necessidade de apresentação dos recibos dos cachês, já que isso não era exigido do gestor à época'* (grifei), consoante evidencia esse trecho extraído do voto condutor do Acórdão 13.383/2020-TCU-1ª Câmara (rel. min. Vital do Rêgo).

10. Como a mencionada **portaria foi publicada em 8/10/2009** e o **ajuste em tela celebrado em 19/6/2009**, ou seja, anterior à norma, **sou favorável à aplicação do entendimento manifesto no Acórdão 1.735/2017-Plenário**, cujo efeito, no caso concreto, resulta no afastamento de parte do débito e na diminuição do *quantum* apenatório, segundo defendido pelo relator *a quo* (item 2).

11. Apesar de o recorrente ter se valido das conclusões do ministro Vital do Rêgo, não contestou a falta de vinculação das cartas de exclusividade aos outros quatro artistas, o que impede o afastamento da totalidade do débito nesta fase recursal.

12. O apelo também não é apto a superar a falta de documentos comprobatórios das despesas com publicidade e infraestrutura do evento (contratos, recibos ou notas fiscais), que somaram R\$ 10.600,00, conforme bem demonstra a análise empreendida pelo auditor desta Secretaria de Recursos (itens 40-51 da instrução - peça 107, p. 9-11).

(...)

31. Ante o exposto, proponho que o recurso seja conhecido e, no mérito, provido parcialmente, de modo a modificar os subitens 9.1 e 9.2 Acórdão 606/2020-TCU-1ª Câmara a fim de reduzir a quantia condenatória para R\$ 33.600,00 (trinta e três mil e seiscentos reais) e a multa para R\$ 10 mil (v. voto complementar do relator - peça 64).”

É o relatório.