

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 000.497/2015-0 [Apenso: TC 021.002/2020-7, TC 021.004/2020-0, TC 021.007/2020-9]

Natureza: Recurso de Revisão (Tomada de Contas Especial)

Unidades Jurisdicionadas: Ministério do Turismo; Município de Tuparetama/PE

Recorrente: Domingos Sávio da Costa Torres (138.098.304-53)

Representação legal: Marilda de Paula Silveira (33.954/OAB-DF) e outros, representando Domingos Sávio da Costa Torres.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. MINISTÉRIO DO TURISMO. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXECUÇÃO DO PLANO DE MÍDIA. INDEVIDA TRANSFERÊNCIA INTEGRAL DA EXECUÇÃO DO CONVÊNIO PARA CONTRATADA. CARTAS DE EXCLUSIVIDADE APRESENTADAS NA PROPOSTA DO PLANO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO DAS BANDAS. INOBSERVÂNCIA AO ITEM 9.5.1.1 DO ACÓRDÃO 96/2008- TCU-PLENÁRIO E AO ART. 25, INCISO III, DA LEI 8.666/1993. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA. REJEIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARA ALGUNS RESPONSÁVEIS E NEGATIVA DE PROVIMENTO PARA OS DEMAIS. REJEIÇÃO DE NOVOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DE REVISÃO. ELEMENTOS INCAPAZES DE ALTERAR A DECISÃO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de recurso de revisão interposto por Domingos Sávio da Costa Torres (peças 211-215) contra o Acórdão 891/2018-TCU-Segunda Câmara.

2. A tomada de contas especial que deu origem a estes autos foi instaurada pelo Ministério do Turismo em razão da impugnação total de despesas do Convênio 142/2009 (Siconv 703215), firmado com o Município de Tuparetama/PE, para apoiar a realização do evento “Tupã Folia 2009”.

3. A deliberação recorrida, relatada pelo Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, no que interessa ao recorrente, apresentou o seguinte teor:

“9.5. rejeitar as alegações de defesa e as razões de justificativa apresentadas por Domingos Sávio da Costa Torres;

9.6. julgar irregulares as contas de Domingos Sávio da Costa Torres, com fundamento no art. 16, III, alíneas ‘b’ e ‘c’, da Lei 8.443, de 1992, para condená-lo ao pagamento do débito pela quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados desde 13/5/2009 até a data da efetiva quitação, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove perante o Tribunal (art. 214, III, ‘a’, do RITCU), o recolhimento do débito aos cofres do Tesouro Nacional, na forma da legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, a importância de R\$ 57,62 (cinquenta e sete reais e sessenta e dois

centavos) ressarcida no dia 3/12/2010;

9.7. aplicar a Domingos Sávio da Costa Torres a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443, de 1992, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, III, 'a', do RITCU), o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.8. aplicar a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443, de 1992, em desfavor de Domingos Sávio da Costa Torres, sob o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, III, 'a', do RITCU), o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

(...)

9.12. determinar que, em conjunto com o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, o Ministério do Turismo adote as medidas cabíveis para promover o desconto em folha das dívidas constantes deste Acórdão, nos termos do art. 28, I, da Lei 8.443, de 1992, em desfavor de Mário Augusto Lopes Moysés e Geraldo Lima Bentes e das Sras. Carla de Souza Marques, Maria José Rodrigues Frões e Manoelina Pereira Medrado, no caso da eventual manutenção de vínculo atual como servidores federais regidos pela Lei 8.112, de 1990, em face do eventual não atendimento às notificações para o recolhimento das referidas dívidas;

9.13. autorizar, desde já, com amparo no art. 26 da Lei 8.443, de 1992, e no art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas constantes deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) prestações mensais e sucessivas, caso requerido, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.14. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443, de 1992, a cobrança judicial das dívidas constantes deste Acórdão, caso não atendidas as notificações; e

9.15. determinar que a unidade técnica envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado de Pernambuco, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443, de 1992, para o ajuizamento das ações penais e civis cabíveis.

4. Admiti, sem efeito suspensivo, o processamento do recurso, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade de que tratam os artigos 32, inciso III, e 35, inciso III, da Lei 8.443/1992 (peça 221).

5. Instruído o presente feito, faço reproduzir, com os ajustes que julgo pertinentes, o exame técnico e o encaminhamento oferecidos pela Secretaria de Recursos deste Tribunal (peça 234), que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peça 235) e do Ministério Público junto ao TCU (peça 238):

“HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo - MTur em desfavor de Domingos Sávio da Costa Torres, prefeito de Tuparetama/PE (gestão 2009-2012), devido à falta de comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais transferidos por meio do Convênio 142/2009 (Siconv 703215) (peça 1, p. 44-70).

3. O convênio teve vigência inicial de 23/4 a 30/6/2009, depois prorrogada, de ofício, até 15/7/2009 (peça 1, p. 75-76), e tinha por objeto o apoio à realização do evento ‘*Tupã Folia 2009*’. Para essa finalidade, foram previstos R\$ 210.000,00, sendo R\$ 200.000,00 à conta do concedente e R\$ 10.000,00 da contrapartida do conveniente.

4. Por meio do Acórdão 891/2018-TCU-Segunda Câmara, esta Corte de Contas, entre outras medidas, julgou irregulares as contas de Domingos Sávio da Costa Torres, imputando-lhe débito e multa, e imputou multa a Carla de Souza Marques, Maria José Rodrigues Frões e Manoelina

Pereira Medrado, servidoras do MTur que foram signatárias de pareceres técnico-jurídicos.

5. Em essência, restaram configuradas nos autos, em relação ao recorrente: i) a falta de comprovação da divulgação do evento (inserção de anúncios em rádio, carro de som, mídia de *outdoor*, *folder*, cartaz, *banner*, faixa, testeira de palco e balões), no valor de R\$ 30.000,00; e ii) a transferência da totalidade da execução do Convênio 142/2009, sem licitação, para o Centro de Serviços e Capacitação de Pernambuco - Cescape, entidade privada sem fins lucrativos, contrariando, assim, o caráter personalíssimo da avença.

6. Com o objetivo de suprir alegadas contradições constantes do acórdão condenatório, Mário Augusto Lopes Moysés opôs embargos de declaração (peças 82-85), que foram conhecidos, para, no mérito, serem rejeitados, de acordo com o Acórdão 4086/2018-TCU-Segunda Câmara, rel. Min.-Subst. André Luís de Carvalho (peça 107).

7. Posteriormente, em face da decisão original, foram interpostos recursos de reconsideração por Carla de Souza Marques (peça 101) e Domingos Sávio da Costa Torres (peça 104), que foram conhecidos, mas, no mérito, desprovidos, e por Manoelina Pereira Medrado (peça 102), Maria José Rodrigues Fróes (peça 103) e Mário Augusto Lopes Moysés (peça 110), que foram conhecidos, e, no mérito, providos, consoante o Acórdão 11370/2019-TCU-Segunda Câmara, rel. Min. Augusto Nardes (peça 150).

8. Alegando omissões e contradições nesse último acórdão, Domingos Sávio da Costa Torres opôs embargos de declaração (peça 171), conhecidos, mas, no mérito, rejeitados, conforme o Acórdão 611/2020-TCU-Segunda Câmara (peça 173).

9. Nesta oportunidade, ainda inconformado, Domingos Sávio da Costa interpõe recurso de revisão, que é objeto do presente exame.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

10. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 216-217), acolhido por despacho do relator, Exmo. Ministro Bruno Dantas, que conheceu do recurso, sem a atribuição de efeito suspensivo (peça 221).

11. Ressalte-se que o pleito de concessão de efeito suspensivo ao recurso foi rejeitado devido à falta de amparo normativo e tendo em vista que, conforme destacado no referido exame preliminar, *‘não há que se falar em concessão de cautelar quando o perigo da demora é causado pelo próprio responsável’*.

EXAME TÉCNICO

12. Delimitação

12.1. O presente recurso tem por objeto examinar:

a) em preliminar, a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento;

b) no mérito:

b.1) a falta de comprovação parcial da boa e regular aplicação dos recursos do convênio;

b.2) a violação ao caráter personalíssimo do convênio.

PRELIMINAR

13. A prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento.

13.1. Análise:

13.2. Procede-se à análise desse tema, apesar de não ter sido levantado pelo recorrente, em observância à orientação desta secretaria e por se tratar de matéria de ordem pública.

13.3. No exame da prescrição, a Serur tem adotado os entendimentos detalhados na peça 233, que contém estudo e pronunciamentos anteriores da secretaria sobre o tema. Nessas manifestações estão desenvolvidas as seguintes premissas, que serão utilizadas no presente exame:

a) ao julgar o RE 636886, o STF conferiu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a tese de que *‘é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas’*;

b) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, para caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta e impor as consequências legais, independentemente de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

c) até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, no processo de controle externo, deve observar o regime da Lei 9.873/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito. Assim, sem prejuízo de se realizar o exame da prescrição também segundo o prazo decenal previsto no Código Civil, o critério adotado, na formulação da proposta de encaminhamento, será o da Lei 9.873/1999.

Análise da prescrição segundo os critérios do Código Civil

13.4. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por esse acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

13.5. No caso em exame, não ocorre a prescrição segundo esses critérios, uma vez que a citação e as audiências dos responsáveis foram ordenadas, respectivamente, em **19/5/2015** (pronunciamento do Secretário de Controle Externo em Pernambuco, à peça 6) e em **16/6/2015** (despacho do Ministro Relator, à peça 20), em ambos os casos, menos de dez anos depois da data de apresentação da prestação de contas final do convênio, em **19/10/2009** (peça 1, p. 80). Esse mesmo entendimento, aliás, já havia sido consignado no acórdão recorrido.

13.6. Assim, considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, conclui-se que não estarão prescritas tanto a possibilidade de aplicação de multa, quanto a de condenação ao ressarcimento, caso sejam adotados, para ambos os fins, os parâmetros do Código Civil, conforme explicitados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

13.7. Para aplicação das premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

Termo inicial:

13.8. Em seu art. 1º, a Lei 9.873/1999 determina que o prazo prescricional se inicia a partir *‘da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado’*. No caso de convênios e instrumentos congêneres, a prescrição do ressarcimento só começa a fluir a partir do momento em que forem prestadas as contas, mesmo que já esteja vencido o prazo para tanto (como enfatizado pelo STF no voto do ministro Roberto Barroso, no MS 32201, assim como no voto do ministro Gilmar Mendes, no RE 636886).

13.9. Segundo esse critério, considerando que, no caso, se trata de convênio, o termo inicial de prescrição deu-se na data de apresentação da prestação de contas final, em **19/10/2009** (peça 1, p. 80).

Prazo:

13.10. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: *‘quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal’*. Porém, o Superior Tribunal de Justiça possui sólida jurisprudência no sentido de que a *‘pretensão punitiva da Administração Pública em relação a infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional criminal quando instaurada a respectiva ação penal’*

(REsp 1116477/DF, relator Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe 22/8/2012). Como não se tem notícia da propositura de ação penal contra qualquer dos responsáveis acerca dos fatos de que se trata no presente processo, fica afastada essa possibilidade.

Prescrição intercorrente:

13.11. Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando '*juízo ou despacho*'.

13.12. Note-se que há correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

13.13. A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrária a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

Interrupções:

13.14. No regime da Lei 9.873/1999, verificam-se causas interruptivas da prescrição, listadas a seguir:

1) Interrupção por ato inequívoco de apuração do fato ou por ato que promove o andamento do processo: trata-se da interrupção da prescrição '*por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato*' (Lei 9.873/1999, art. 2º, II) ou por atos que evitam a paralisação do processo, prevenindo a prescrição intercorrente, como despacho e julgamento (Lei 9.873/1999, art. 1º, § 1º). No caso, por esse fundamento, a prescrição foi interrompida, entre outros:

1.1) pela instauração de tomada de contas especial pelo MTur, em **4/11/2013** (peça 1, p. 2);

1.2) pela autuação da presente TCE neste tribunal, em **13/1/2015** (cf. sistema e-TCU);

2) Interrupção pela citação ou audiência do acusado: trata-se da interrupção da prescrição '*pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital*' (Lei 9.873/1999, art. 2º, I). No caso, por esse fundamento, a prescrição foi interrompida em **8/6/2015**, **22/11/2016** e **23/11/2016**, quando o responsável ora recorrente e Carla de Souza Marques receberam os ofícios de citação e audiência (peças 9, 33 e 40).

3) Interrupção pela decisão condenatória recorrível (Lei 9.873/1999, art. 2º, inciso III): por esse fundamento, houve a interrupção em **6/3/2018**, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 72).

13.15. Verifica-se, portanto, que, em relação ao termo inicial de prescrição, em **19/10/2009**, o prazo de cinco anos foi interrompido pela instauração de tomada de contas especial pelo MTur, em **4/11/2013**, e pela autuação da presente TCE neste tribunal, em **13/1/2015**.

13.16. O recorrente foi citado em **8/6/2015** e ele e Carla Marques foram notificados em audiência em **22 e 23/11/2016**, menos de dois anos depois da autuação. E o acórdão condenatório foi proferido menos de três anos depois dessas comunicações, em **6/3/2018**.

13.17. Evidencia-se, portanto, que o presente feito não ficou paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.

13.18. Assim, demonstra-se que não haverá incidência da prescrição punitiva, seja a geral, seja a intercorrente, caso se adote como referência a Lei 9.873/1999, o que impõe como consequência, partindo-se da premissa de que a pretensão de ressarcimento segue as mesmas balizas, a conclusão de que também será viável a condenação ao ressarcimento dos prejuízos apurados nos autos.

Conclusão sobre a prescrição

13.19. No presente processo, por conseguinte, não haverá a ocorrência da prescrição, no caso de qualquer dos responsáveis, quer se adote o Código Civil ou a Lei 9.873/1999 como fundamento para análise.

MÉRITO**14. A falta de comprovação parcial da boa e regular aplicação dos recursos do convênio.**

14.1. Alegações (peça 211):

14.2. A documentação nova, só agora obtida, comprova a execução da etapa do plano de trabalho referente à divulgação do evento.

14.3. Análise:

14.4. O débito imputado ao recorrente decorreu da seguinte irregularidade, conforme descrita no ofício de citação que lhe foi encaminhado (peça 8, p. 1-2):

a) Não apresentar o material para a execução da Etapa/Fase 3 do Plano de Trabalho (peça 1, p. 10), que trata da divulgação do evento – Plano de Mídia de Inserção de Anúncios em Rádio, Carro de Som, Mídia de Outdoor, Folder, Cartaz, Banner, Faixa, Testeira e Balões (Blimps), (R\$ 30.000,00), impedindo a comprovação de parte da execução física do evento ‘*Tupã Folia 2009 em Tuparetama/PE*’, objeto do convênio (...);

14.5. Na prestação de contas, foi incluída declaração da ECS Produções e Eventos, supostamente contratada pela entidade executora do convênio, o Cescape, que detalha melhor os serviços de divulgação alegadamente prestados, inclusive com a especificação do custo de cada um (peça 1, p. 314). No quadro abaixo, apresentam-se, em resumo, os dados informados pela empresa:

Serviço	Valor
Carro de som - Anúncio - 100 horas - 21-25/4/2009	R\$ 8.000,00
Rádio - <i>Spot</i> - 300 inserções - 15-26/4/2009.	R\$ 9.000,00
<i>Outdoor</i> - 9 x 3 m - 1 quinzena - abril/2009	R\$ 6.000,00
<i>Folder</i> - 10x15 cm - cores	R\$ 1.000,00
<i>Cartaz Box</i> - 31x44 cm - cores	R\$ 1.000,00
<i>Banner</i> - 1,3x2,0 m - cores	R\$ 1.000,00
Faixa - 0,5x2,0 m - cores	R\$ 500,00
Testeira de Palco - 3,0x8,0 m - cores	R\$ 1.500,00
Balões de Publicidade [<i>Blimps</i>] - 2 - aluguel	R\$ 2.000,00
Total	R\$ 30.000,00

14.6. Em anexo ao recurso, foram apresentadas: quatro fotos de um mesmo material promocional impresso da ‘*Tupã Folia 2009*’, em tamanhos diferentes (peça 212); declaração de prestação de serviços de divulgação em carro de som da ‘*Tupã Folia 2009*’, em Tuparetama/PE e cidades vizinhas, no período de 18 a 26/4/2009, firmada por Cleber dos Santos Silva, em 10/8/2020 (peça 213, p. 1); cópia do certificado de registro e foto do veículo referido na declaração (peça 213, p. 2-3); declaração de dois representantes da Rádio Tupã FM, dando conta da veiculação de 300 inserções, no período de 15 a 26/4/2009, relativas à ‘*Tupã Folia 2009*’, conforme plano de mídia detalhado em tabela, datada de 10/8/2020 (peça 214, p. 1); documentação que identifica os signatários da declaração como sócio presidente e diretor da rádio mencionada (de 27/2/2009 e 25/8/2020) e de outorga de autorização de uso de radiofrequência (de 21/11/2008) (peça 214, p. 2-5); arquivo de áudio contendo um *spot* radiofônico de promoção da ‘*Tupã Folia 2009*’ (TCU 000497-2015-0 - *Spot- Tupam Folia 2009- 01.mp3*, anexo à peça 215).

14.7. O recorrente não identifica quais os tipos de materiais promocionais impressos exibidos nas fotos anexadas. É possível perceber que não se trata nem de *outdoors* nem de testeiras, mas fica a dúvida quanto a serem *folders*, cartazes, *banners* ou faixas. Não há foto alguma dos balões (*blimps*).

14.8. É claro, portanto, que o recorrente não logra comprovar a execução dos materiais impressos e

dos balões, seja por não apresentar fotos de todos, seja por não identificar os materiais exibidos nas fotos apresentadas. De qualquer forma, mesmo que fosse possível essa identificação, não há qualquer informação que ateste a data e o local em que as fotos anexadas foram tiradas, o que impede sua vinculação à divulgação do evento que foi objeto do convênio examinado. Essa deficiência é agravada pela falta de contemporaneidade entre a apresentação das fotos, em 2020, e o evento em questão, ocorrido em 2009, nada menos que 11 anos antes. É impossível afastar a possibilidade de que o material tenha sido impresso em 2020, exclusivamente para ser encaminhado a este Tribunal, na tentativa de dissimular a irregularidade que provocou a condenação do recorrente.

14.9. Recorde-se que o MTur, em nota técnica, já registrara que o recorrente havia encaminhado fotos dos balões promocionais com indícios de montagem (peça 2, p. 62) e que constam dos autos 10 supostas fotos dos outdoors que estão absolutamente irreconhecíveis (peça 1, p. 320-326, e peça 2, p. 44-54). Verifica-se que o recorrente reincide na apresentação de provas insuficientes e questionáveis da efetiva utilização dos materiais de divulgação do convênio.

14.10. Quanto à declaração dos representantes da emissora de rádio, de autoria aparentemente idônea, cabe notar que o recorrente forneceu informações contraditórias, no decorrer da presente TCE, acerca de qual emissora teria promovido a divulgação do evento conveniado.

14.11. Em documento encaminhado pelo recorrente ao MTur em 24/1/2011, a Rádio Tupã FM apresenta plano de mídia supostamente referente à ‘*Tupã Folia 2009*’, compreendendo inserções de 15 segundos, no valor unitário de R\$ 30,00 e total de R\$ 9.000,00, no período de 15 a 26/4/2009 (peça 1, p. 312, e peça 2, p. 56), o que perfaz 300 inserções.

14.12. No entanto, como se observa no relatório do acórdão condenatório (peça 74, p. 9):

‘d) o plano de mídia elaborado pelo Cescape [de 20/3/2009] (peça 18), disponível no Portal de Convênios do Governo Federal, previu que a divulgação ocorreria pela Rádio Pajeú AM 1.500, porém, em suas alegações de defesa [de 22/6/2015], o ex-prefeito afirma que a divulgação ocorreu nas rádios Cultura e Gazeta FM (peça 11, p. 2)’.

14.13. Nas alegações, além disso, o recorrente informa inclusive ter encaminhado declarações dessas empresas ao MTur, que não as teria ‘*aceitado*’.

14.14. Por fim, no presente recurso, 11 anos depois do evento, o recorrente volta a anexar informação no sentido de que a divulgação se teria dado por meio de 300 inserções na Rádio Tupã FM.

14.15. Note-se que essa informação mais recente consiste apenas em declaração particular, que padece das limitações desse tipo de evidência, que ‘*prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade*’ (CPC, art. 408, parágrafo único). Diante não só da falta de outras evidências comprobatórias como também da produção de evidências em contrário pelo próprio interessado, não há como considerar a referida declaração como prova eficaz da divulgação radiofônica do evento conveniado.

14.16. Também de nada serve a apresentação de arquivo, datado de 10/9/2020, com suposto *spot* de divulgação radiofônica, que até apresenta informações consistentes acerca dos dias de realização do evento, dos artistas participantes e do patrocínio do MTur. Porém, é claro que seriam necessárias mais evidências para afastar a possibilidade de que tenha havido produção posterior desse material, com o único fito de lograr a aprovação da prestação de contas questionada.

14.17. A declaração acerca da utilização do carro de som, também emitida em 2020, padece da mesma ineficácia probatória e falta de contemporaneidade com o evento que as outras evidências.

14.18. Portanto, por terem sido produzidas mais de uma década depois do evento, por apresentarem graves inconsistências e por parte delas consistir em declarações particulares, de limitado valor probatório, as evidências trazidas aos autos pelo recorrente nesta oportunidade mostram-se insuficientes para comprovar a efetiva execução da etapa do plano de trabalho do Convênio MTur 142/2009 que compreendia a divulgação do evento ‘*Tupã Folia 2009 em Tuparetama/PE*’, impedindo a comprovação de parte da execução física do ajuste.

15. A violação ao caráter personalíssimo do convênio.

15.1. Alegações (peça 211):

15.2. Não há vedação à contratação da mesma empresa que detinha a exclusividade dos artistas contratados para que também realizasse a divulgação do evento. A compreensão do gestor foi de que a prestação de serviços de promoções artísticas englobava, por consectário lógico, a divulgação do evento.

15.3. A legislação autoriza o gestor público a contratar o artista diretamente ou via empresário exclusivo, sem impor qualquer requisito para tanto (art. 25, III, da Lei 8.666/1993). Logo, não há violação ao caráter personalíssimo da avença se a promoção do evento decorrer dessa contratação.

15.4. A contratação para a divulgação do evento da mesma pessoa jurídica detentora da exclusividade na representação dos artistas contratados não encontra vedação legal específica. Os dispositivos mencionados na instrução dizem respeito ao cadastramento de entidade privada sem fins lucrativos quando pretenda realizar convênio com a União e não à contratação dessas pessoas jurídicas enquanto representantes exclusivas de artistas.

15.5. Análise:

15.6. Neste tópico, trata-se da seguinte irregularidade, conforme descrita no ofício de audiência encaminhado ao recorrente (peça 32, p. 1):

‘- transferir a totalidade da execução do Convênio 703215/2009, sem licitação, para o Centro de Serviços e Capacitação de Pernambuco - Cescape, entidade privada sem fins lucrativos, contrariando, assim, o caráter personalíssimo da avença e burlando a exigência prevista no art. 18, VII, da Portaria Interministerial 127/2008, no art. 2º, parágrafo único, da Portaria MTur 171/2008 e no art. 36, VII, da Lei 11.768/2008 (LDO/2009), além de violar o art. 25, incisos II e III, da Lei 8.666/1993.’

15.7. Esse entendimento quanto à vedação à transferência total da execução do convênio encontra amplo suporte na jurisprudência deste Tribunal, como ilustra o seguinte enunciado:

‘A celebração de convênios ou instrumentos congêneres tem caráter personalíssimo, não se admitindo, portanto, a transferência integral de seu objeto a terceiros.’

Acórdãos 2619/2016-Plenário, rel. Marcos Bemquerer, e 10857/2018-Segunda Câmara, rel. Augusto Nardes.

15.8. Como bem explanado no voto condutor do Acórdão 406/2010 - Plenário, da lavra do Min. Augusto Nardes, acerca de caso análogo, esse tipo de procedimento transforma o conveniente em figura desnecessária, no papel de mero intermediário:

‘6.3. Ocorrências

a) Transferência integral, a terceiros, da execução de convênio firmado pela FUB.

Embora se reconheça que o convênio firmado com o MEC admita a ‘*contratação de serviços de terceiros com vistas à execução das metas e atividades propostas*’ (cláusula II, f), sem impor limites, nada em seus termos autoriza uma interpretação que legitime a transferência integral, para um único terceiro, das atribuições acordadas. E mais: sabendo-se de antemão, e já prevendo no respectivo contrato, que este terceiro teria que subcontratar ‘*quartos*’, já que dependeria de serviços de outrem para levar a cabo as atribuições assumidas (daí a contratação, pela [fundação de apoio], de gráficas, de consultores, de empresas de viagens e diversos outros serviços, como se comentará adiante).

Ao contrário: a figura do convênio pressupõe o interesse recíproco das partes em seu objeto, tendo um caráter tão personalíssimo quanto o de qualquer contrato administrativo. No caso da FUB, tal interesse se consubstanciaria na oportunidade de, ao realizar a avaliação proposta ao MEC, também estar realizando pesquisa, uma de suas finalidades básicas. É o que inclusive justifica o envolvimento dos professores da Faculdade de Administração e Estudos Sociais Aplicados.

Se admitido o repasse integral do ajuste para a [fundação de apoio] (não autorizado no convênio, deve-se frisar), não haveria qualquer necessidade ou utilidade da participação da FUB no convênio. Bastaria à SEED/MEC contratar, sem intermediações desnecessárias, os serviços de avaliação de seu interesse, com todas as implicações daí decorrentes, inclusive as relativas ao processo de seleção da eventual contratada.’

15.9. No caso em questão, conforme consta do relatório do acórdão condenatório (peça 74, p. 6):

‘(...) o município de Tuparetama/PE não contratou nem os próprios artistas, nem seus empresários exclusivos, mas, sim, uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos (estatuto à peça 1, pp. 202/215), denominada Centro de Serviços e Capacitação de Pernambuco - Cescap (10.312.535/0001-51) (Contrato 32/2009, datado de 17.4.2009 – peça 1, pp. 105/9).

(...)

(...) De fato, a teor do Contrato 32/2009, o Cescap foi contratado, por inexigibilidade de licitação (art. 25, III, da Lei 8.666/1993), tanto para promover a apresentação das bandas musicais, quanto para promover a divulgação do evento (peça 1, pp. 105/9), ao preço global de R\$ 210.000,00. (...)’

15.10. No entanto, o que havia no caso considerado era o interesse mútuo da União e do Município na promoção do evento festivo, reservando-se a sua execução a este último, dado que os beneficiários dessa atividade seriam os respectivos municípios. Mas a delegação de toda a execução do convênio a entidade privada, tal como no referido precedente jurisprudencial, desfez essa comunhão de interesses entre os entes estatais, dando lugar a um interesse exclusivo da União, apenas intermediado pelo Município. Porém, desse modo, tornou-se desnecessária qualquer participação do Município, pois passou a haver um convênio de fato entre a União e a entidade privada.

15.11. Ocorre que o Cescap não poderia figurar como conveniente no caso, mesmo que apenas de fato, visto que foi criado em 12/7/2008 (peça 1, p. 200-202), ou seja, menos de um ano antes da celebração do Convênio 703215/2009, em 23/4/2009 (peça 1, p. 70), de modo que não atendia o requisito temporal (funcionamento regular nos últimos 3 anos) previsto nos seguintes dispositivos, então vigentes:

Lei 11.768, de 14/8/2008.

‘Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2009 e dá outras providências

Art. 36. Sem prejuízo das disposições contidas nos arts. 32, 33, 34 e 35 desta Lei, a destinação de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos dependerá ainda de:

(...)

VII - declaração de funcionamento regular, inclusive com inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, da entidade beneficiária nos últimos 3 (três) anos, emitida no exercício de 2008 por 3 (três) autoridades locais, e comprovante de regularidade do mandato de sua diretoria;

(...)

Portaria Interministerial 127, de 29/5/2008.

‘Estabelece normas para execução do disposto no Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências.

Art. 17. O cadastramento dos órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos recebedores de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União será realizado em órgão ou entidade concedente ou nas unidades cadastradoras do SICAF a ele vinculadas, e terá validade de 1 (um) ano, sem prejuízo do disposto no art. 13.

(...)

Art. 18. Para a realização do cadastramento das entidades privadas sem fins lucrativos será exigido:

(...)

VII - comprovação da qualificação técnica e da capacidade operacional, mediante declaração de funcionamento regular nos 3 (três) anos anteriores ao credenciamento, emitida por 3 (três) autoridades do local de sua sede.

(...)'

Portaria MTur 171, de 19/9/2008.

Revogada pela Portaria 153, de 6 de outubro de 2009.

‘Estabelece regras e critérios para apoio a projetos de promoção de eventos e divulgação do turismo brasileiro no mercado nacional.

Art. 2º (...)

Parágrafo Único. A destinação de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos dependerá ainda de comprovação de funcionamento regular nos últimos 03 (três) anos, inclusive com inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, conforme determina o art. 36, inciso VII, da Lei 11.768, de 14 de agosto de 2008.’

15.12. A transferência integral do objeto do convênio é irregular, portanto, por transferir a terceiro a qualidade de conveniente, em dissonância com o estabelecido no instrumento da avença. No caso concreto, isso é agravado pelo fato de o terceiro (o Cescape) não cumprir requisito temporal necessário para assumir essa posição, ainda que de fato, no convênio considerado.

15.13. Não faz nenhum sentido o argumento do recorrente de que não haveria violação ao caráter personalíssimo do convênio, no caso, porque a contratação para a promoção do evento decorreria da contratação dos artistas por meio de empresário exclusivo, que é permitida por lei. É claro que o fato de a contratação dos artistas ser, por hipótese, legal, não tornaria automaticamente legal a contratação da divulgação dos eventos, simplesmente por ser atribuída à mesma pessoa. E em nada elidiria as considerações acima.

15.14. Também não procede o argumento de que os dispositivos normativos mencionados só se aplicariam ao Cescape, como entidade sem fins lucrativos, caso firmasse convênio com a União e não no caso vertente, em que foi contratado como representante exclusivo de artistas. Como visto, ao assumir a totalidade da execução do objeto do convênio, o contratado adquiriu a condição de conveniente de fato, passando a submeter-se aos requisitos legais e normativos decorrentes disso, sob pena de se abrir uma vereda para a burla desses requisitos.

15.15. Além da desnaturação do instituto do convênio, verifica-se, no caso em exame, que a contratação do Cescape pelo município por inexigibilidade de licitação não atendeu aos requisitos previstos na Lei 8.666/1993 para essa modalidade. A esse respeito, destacam-se os seguintes dispositivos:

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

(...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

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.’

15.16. Note-se que o Cescape foi contratado pelo município para a realização de apresentações pelos artistas por ele representados e para a divulgação desses eventos. Ocorre que o inciso II, acima, determina expressamente que os serviços técnicos de divulgação não podem ser contratados por inexigibilidade de licitação. É patente, portanto, que foi irregular a contratação por inexigibilidade de licitação da entidade para a divulgação dos eventos, promovida pelo recorrente.

15.17. O recorrente alega não haver vedação legal à contratação da mesma empresa que detinha a

exclusividade dos artistas contratados para a divulgação do evento. Porém, não é essa coincidência que é questionada nos autos, mas sim a contratação por inexigibilidade para a divulgação, em desacordo com expresso dispositivo legal.

15.18. Também houve irregularidade na contratação das atrações artísticas. Como registrado no relatório do acórdão condenatório (peça 74, p. 6):

‘Note-se que a contratação do Cescape, por inexigibilidade de licitação, ocorreu antes mesmo da celebração do Convênio 703.215/2009, (...) haja vista que constaram como anexos do plano de trabalho as cartas de exclusividade das bandas (peça 1, p. 14), as quais, apesar de não comporem o processo original da TCE, encontram-se no Siconv (peça 17).

Tais cartas de exclusividade, datadas de 23.3.2009, embora referentes a quatro bandas distintas (Trio e Banda Asas da América, Netinho e Banda, Banda Renny e Galera, e Banda Marreta You Planeta), foram todas assinadas por uma mesma pessoa, [...], que não comprovou ser representante legal ou empresário dessas bandas. As quatro cartas de exclusividade apresentam exatamente o mesmo teor, mudando-se apenas os dados de cada banda, e indicam que o Cescape tinha a exclusividade artística e comercial das bandas especificamente para o evento ‘*Tupã Folia 2009 em Tuparetama/PE*’ (peça 17, pp. 2/5).’

15.19. Ora, como é consabido, a apresentação de meras cartas de exclusividade, por si só, já configura irregularidade, pois, conforme entendimento solidamente sedimentado na jurisprudência desta Corte de Contas:

‘Na contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade de licitação, a apresentação de atestado de exclusividade restrito aos dias e à localidade do evento, em vez do contrato de exclusividade entre o artista e o empresário contratado, caracteriza grave infração à norma legal e regulamentar, ensejando, ainda que não configurado dano ao erário, condenação em multa e julgamento pela irregularidade das contas, haja vista que 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.’

Acórdãos 374/2017, rel. Bruno Dantas; 5543/2016-Primeira Câmara, *idem*; ambos da Primeira Câmara. Acórdãos 5180/2020, rel. Marcos Bemquerer; 5288/2019, rel. Aroldo Cedraz; 4714/2018, rel. Marcos Bemquerer; 8731/2017, rel. José Mucio Monteiro; todos da Segunda Câmara.

15.20. O que se verifica, no caso, é ainda mais grave, pois as cartas nem sequer são válidas, visto que firmadas por pessoa que não comprovou ser representante legal dos artistas contratados. Ou seja, na verdade, o Cescape não detinha carta, contrato ou qualquer outro documento que lhe conferisse a condição de empresário exclusivo dos artistas contratados.

15.21. Assim, tendo em vista que o Cescape detinha apenas cartas de exclusividade dos artistas contratados, restritas aos dias e à localidade dos eventos, e que, ainda por cima, tais cartas nem sequer eram válidas, pois não foram expedidas por representante legal desses artistas, é inequívoco que também foi inteiramente irregular a contratação da entidade pelo município por inexigibilidade de licitação baseada no art. 25, inc. III, da Lei 8.666/1993.

15.22. Conclui-se, então, que se confirma a ocorrência das irregularidades apontadas e que são improcedentes todas as alegações apresentadas pelo recorrente em contrário.

15.23. Alegações (peça 211):

15.24. Destaca-se a necessidade de aplicação ao presente feito do disposto nos arts. 21 e 22 da Lindb, quanto à consideração das dificuldades reais do gestor na prestação de contas e à adequação proporcional e equânime dos vícios porventura identificados.

15.25. Análise:

15.26. O recorrente não indica especificamente qualquer obstáculo ou dificuldade na prestação de contas que justificasse ou sequer atenuasse as irregularidades apuradas nestes autos.

15.27. A proporcionalidade e equanimidade a que se refere a Lindb aplicam-se à regularização de

ato, contrato, etc., declarados inválidos por meio de deliberação administrativa ou judicial. No caso, nos termos da Lei Orgânica deste Tribunal, a única providência possível quanto ao convênio parcialmente impugnado foi a imposição de ressarcimento ao erário e multa, que observou os mencionados critérios.

CONCLUSÃO

16. Das análises anteriores, conclui-se que:

- a) o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 636886, conferiu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a tese de que *‘é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas’*;
- b) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo;
- c) na situação em exame, não haverá a ocorrência da prescrição, no caso de qualquer dos responsáveis, quer se adote o Código Civil ou a Lei 9.873/1999 como fundamento para análise;
- d) por terem sido produzidas mais de uma década depois do evento, por apresentarem graves inconsistências e por parte delas consistir em declarações particulares, de limitado valor probatório, as evidências trazidas aos autos pelo recorrente nesta oportunidade mostram-se insuficientes para comprovar a efetiva execução da etapa do plano de trabalho do Convênio MTur 142/2009 que compreendia a divulgação do evento *‘Tupã Folia 2009 em Tuparetama/PE’*;
- e) a transferência integral do objeto do convênio é irregular, por transferir a terceiro a qualidade de conveniente, em dissonância com o estabelecido no instrumento da avença;
- f) no caso concreto, isso é agravado pelo fato de o terceiro (o Cescape) não cumprir requisito temporal necessário para assumir essa posição, ainda que de fato, no convênio considerado;
- g) é patente que foi irregular a contratação por inexigibilidade de licitação do Cescape para a divulgação dos eventos, promovida pelo recorrente, em face da expressa vedação prevista no inc. II do art. 25 da Lei 8.666/1993;
- h) visto que o Cescape detinha apenas cartas de exclusividade dos artistas contratados, restritas aos dias e à localidade dos eventos, e que, ainda por cima, tais cartas nem sequer eram válidas, pois não foram expedidas por representante legal desses artistas, é inequívoco que foi inteiramente irregular a contratação da entidade pelo município por inexigibilidade de licitação baseada no art. 25, inc. III, da Lei 8.666/1993;
- i) o recorrente não indica especificamente qualquer obstáculo ou dificuldade na prestação de contas que justificasse ou sequer atenuasse as irregularidades apuradas nestes autos;
- j) a proporcionalidade e equanimidade a que se refere a Lindb aplicam-se à regularização de ato, contrato, etc., declarados inválidos por meio de deliberação administrativa ou judicial;
- k) no caso, nos termos da Lei Orgânica deste Tribunal, a única providência possível quanto ao convênio parcialmente impugnado foi a imposição de ressarcimento ao erário e multa, que observou os mencionados critérios.

17. Com base nessas conclusões, propõe-se o conhecimento do recurso interposto para que lhe seja denegado provimento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

18. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de revisão interposto por Domingos Sávio da Costa Torres contra o Acórdão 11370/2019-TCU-Segunda Câmara, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso III, e 35, inciso III, da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) encaminhar os autos ao Ministério Público para seu pronunciamento, conforme determinado



pelo Ministro Relator à peça 221;

c) dar conhecimento ao recorrente e aos demais interessados da decisão que vier a ser prolatada.”

É o relatório.