

TC 009.888/2011-0

Processos apensados: TC 014.040/2010-7-RA; TC 002.446/2014-6 – TCE; TC 012.390/2014-3 – TCE; 019.048/2014-9 – SOLI; TC 028.169/2014-0 SOLI; e TC 033.552/2014-2 – SOLI.

Tipo: recurso de reconsideração em tomada de contas especial

Entidade: Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT)

Interessado: Ministério do Turismo

Recorrentes: Associação Sergipana de Blocos de Trio (CNPJ 32.884.108/0001-80), Lourival Mendes de Oliveira Neto (CPF 310.702.215-20), Paulo Pires de Campos (032.142.378-02), Mario Augusto Lopes Moysés (953.055.648-91), Marisa da Silva Chaves (220.497.381-53), Classe A Produções e Eventos Ltda-ME (08.332.028/0001-38), I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda.(09.661.123/0001-48), José Augusto Celestino Oliveira (001.887.431-20), Maria Virgínia Bispo da Silva (436.905.485-00), Planeta Empreendimentos e Serviços Ltda. (04.436.109/0001-27), RDM Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda. (10.558.934/0001-05), Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. (05.674.085/0001-07), Valéria Patrícia Pinheiro de Oliveira Azevedo - V&M Produções e Eventos (02.332.448/0001-38) e WD Produções e Eventos (05.679.936/0001-04).

Advogados: Thais Veroni Miranda Custódio, OAB/SP 307.690; procuração à peça 279, Edson Luiz Aragão de Souza, OAB-SE 6.629, procuração à peça 379, Andrea Sobral Vila-Nova de Carvalho, OAB/SE 2.484 e Márcio Macêdo Conrado, OAB/SE 3.806, procurações às peças 66, 68/71, 76, 77 e 107.

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: TCE. Transferências voluntárias do Ministério do Turismo para a ASBT. Recursos públicos federais para pagamento de cachês em eventos nos quais houve também cobrança de ingressos e venda de camarotes, sem que as arrecadações correspondentes constassem das prestações de contas. Constatação de diferenças a maior entre cachês informados em contratos e os efetivamente pagos aos artistas. Outras irregularidades na execução dos convênios. Inobservância do interesse público nos convênios firmados. Fiscalização deficiente da execução dos ajustes. Contas irregulares. Débito e multa.

Recursos de reconsideração. Argumentos de nulidade processual, ausência de dano, ilegitimidade passiva e incompetência do TCU. Não provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração apresentados por Associação Sergipana de Blocos de Trio - ASBT, Lourival Mendes de Oliveira Neto, Paulo Pires de Campos, Mario Augusto Lopes Moysés, Marisa da Silva Chaves, Classe A Produções e Eventos Ltda. - ME, I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda., José Augusto Celestino Oliveira, Maria Virgínia Bispo da Silva, Planeta Empreendimentos e Serviços Ltda., RDM Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda., Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda., Valéria Patrícia Pinheiro de Oliveira Azevedo - V&M Produções e Eventos e WD Produções e Eventos (peças 289, 290, 301, 306, 380 e 436) contra o Acórdão 1254/2014-TCU-2ª Câmara (peça 285), retificado por erro material pelo Acórdão 3037/2014-TCU-2ª Câmara, transcrito na íntegra abaixo:

9.1. com fundamento no art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, considerar revéis as empresas Global Serviços Ltda., Triunfo Produção de Eventos e Serviços Ltda., Lima & Silva Representações de Bebidas Ltda. (Sucessora da empresa DMS Produtora Publicidade e Eventos Ltda.), Classe A Produções e Eventos Ltda. e Avalanche Produções Ltda.;

9.2. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, **16, inciso III, alínea "c"**, da Lei nº 8.443, de 1992, c/c os arts. 19 e 23, inciso III, alínea "a", da mesma lei, **julgar irregulares as contas do Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto** (CPF 310.702.215-20), **Presidente da ASBT, e da Associação Sergipana de Blocos de Trio** (CNPJ 32.884.108/0001-80), **condenando, solidariamente**, os responsáveis a seguir relacionados **ao pagamento das quantias indicadas**, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, a partir das datas a seguir elencadas, até a data do efetivo recolhimento, nos termos da legislação em vigor, e fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, inciso III, alínea "a", da citada Lei c/c o art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno/TCU:

9.2.1.

Responsáveis Solidários Evento Débito (R\$) Data de Ocorrência

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

Lagarto Folia 2008 330.000,00 6/5/2008

Pré-Caju 2009 264.200,00 30/1/2009

Pré-Caju 2009 300.000,00 5/3/2009

Lagarto Folia 2009 357.000,00 23/4/2009

Micarana 2009 500.000,00 22/5/2009

Pré-Caju 2010 80.000,00 3/2/2010

Pré-Caju 2010 160.000,00 18/2/2010

Pré-Caju 2010 170.000,00 22/2/2010

Pré-Caju 2010 80.000,00 12/3/2010

Pré-Caju 2010 80.000,00 6/4/2010

9.2.2.

Responsáveis Solidários Débito (R\$) Data de Ocorrência

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

Global Serviços Ltda. (CNPJ 09.292.223/0001-44)

36.000,00 29/4/2009

30.250,00 17/4/2009

29.000,00 21/5/2009

29.000,00 20/5/2009

70.500,00 2/7/2009

41.780,00 29/4/2009

Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. (CNPJ 05.674.085/0001-07)

27.000,00 29/4/2009

28.200,00 24/8/2009

Triunfo Produção de Eventos e Serviços Ltda. (CNPJ 09.387.916/0001-10)

44.300,00 27/6/2009

WD Produções e Eventos (CNPJ 05.679.936/0001-04)

30.000,00 6/7/2009

V & M Produções e Eventos (CNPJ 02.332.448/0001-38)

33.511,11 1/12/2008

28.000,00 10/6/2008

94.500,00 26/8/2008

254.500,00 12/8/2008

96.800,00 19/3/2009

Lima & Silva Representações de Bebidas Ltda. - Sucessora da empresa **DMS Produtora Publicidade e Eventos Ltda.** (CNPJ 07.901.669/0001-01)

94.000,00 06/5/2008

Planeta Empreendimentos e Serviços Ltda. (CNPJ 04.436.109/0001-27)

93.100,00 09/2/2009

Classe A Produções e Eventos Ltda. (CNPJ 08.332.028/0001-38)

24.700,00 28/7/2009

I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. (CNPJ 09.661.123/0001-48)

40.500,00 28/7/2009

RDM Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda. ME (CNPJ 10.558.934/0001-05)

60.990,00 14/7/2009

76.500,00 5/8/2009

Avalanche Produções Ltda. (CNPJ 05.414.927/0001-91)

58.500,00 31/7/2009

9.3. com fundamento no art. 57 da Lei n. 8.443, de 1992, aplicar, individualmente, multa aos responsáveis abaixo especificados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da

notificação, para comprovarem, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

Responsável Valor da multa (R\$)

Lourival Mendes de Oliveira Neto R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais)

Associação Sergipana de Blocos de Trio R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais)

Global Serviços Ltda. R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)

Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda. R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)

Triunfo Produção de Eventos e Serviços Ltda. R\$ 4.000,00 (quatro mil reais)

WD Produções e Eventos R\$ 3.000,00 (três mil reais)

V & M Produções e Eventos R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)

Lima & Silva Representações de Bebidas Ltda. - Sucessora da empresa DMS Produtora Publicidade e Eventos Ltda. R\$ 9.000,00 (nove mil reais)

Planeta Empreendimentos e Serviços Ltda. R\$ 9.000,00 (nove mil reais)

Classe A Produções e Eventos Ltda. R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)

I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda. R\$ 4.000,00 (quatro mil reais)

RDM Art Silk Signs Comunicação - ME Visual Ltda. R\$ 13.000,00 (treze mil reais)

Avalanche Produções Ltda. R\$ 6.000,00 (seis mil reais)

9.4. com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443, de 1992, aplicar, individualmente, ao Sr. **Lourival Mendes de Oliveira Neto** multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e aos Srs. **José Augusto Celestino Oliveira, Maria Virgínia Bispo da Silva e Maria José Oliveira Santos Lourival** multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. com fundamento no art. 58, §1º, da Lei 8.443, de 1992, aplicar ao Sr. **Mário Augusto Lopes Moysés** multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443, de 1992, aplicar, individualmente, às Sras. **Janaína Cristina Machado Pinto e Marisa da Silva Chaves** e ao Sr. **Paulo Pires de Campos** multa no valor R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.7. com fundamento no art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno, autorizar, caso solicitado, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, fixando-se o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, e os demais a cada 30 (trinta) dias, devendo incidir sobre cada parcela, atualizada monetariamente, os encargos legais devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

9.8. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial das

dívidas, caso não atendidas as notificações, na forma da legislação em vigor;

9.9. remeter cópia do presente do Acórdão, acompanhado dos respectivos Relatório e Voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado de Sergipe, na pessoa do seu Procurador-Chefe, para as providências que julgar cabíveis, nos termos do art. 16, inc. III, "d", e §§ 2º e 3º, da Lei 8.443/92;

9.10. dar ciência da presente deliberação aos responsáveis e ao Ministério do Turismo

HISTÓRICO

2. A tomada de contas especial decorreu da conversão de processo fiscalização (TC 014.040/2010-7), referente à auditoria realizada, no âmbito da Secretaria de Controle Externo no Estado de Sergipe – Secex/SE, com vistas a verificar a conformidade legal das transferências voluntárias do Ministério do Turismo – MTur para a Associação Sergipana de Blocos de Trio – ASBT, nos exercícios de 2008 a 2010.

3. As constatações levadas a efeito pela equipe de auditoria da Secex/SE foram objeto de apreciação por meio do Acórdão 762/2011 – Plenário (peça 1, p. 70/75), o qual, além de proceder à conversão dos autos de fiscalização em TCE, determinou a realização de citações e audiências dos diversos responsáveis, dentre integrantes da entidade recebedora dos recursos (ASBT) e agentes do órgão repassador dos recursos (Mtur).

4. Os valores repassados à ASBT, mediante os convênios examinados nesta TCE, tiveram por objeto incentivar o turismo nas cidades em que se realizaram os eventos, por meio da implementação dos projetos respectivos, tendo sido os recursos federais destinados, em sua grande parte, ao pagamento de cachês de bandas/artistas, nos termos dos correspondentes planos de trabalho.

5. A unidade técnica demonstrou irregularidade na aplicação dos recursos descentralizados, isso porque foram utilizados para o pagamento de despesas de entidades privadas com shows não abertos ao público, com a arrecadação de valores referente à comercialização de bens e serviços.

6. Outras irregularidades identificadas estavam relacionadas:

- à utilização de recursos no pagamento de cachês a bandas/artistas em valores inferiores aos informados nos respectivos ajustes, configurando, assim, desvio de recursos públicos federais;

- aos valores arrecadados com a venda de camarotes ou camisetas não foram revertidos à execução do convênio ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional;

- aos indícios de procedimentos licitatórios fraudulentos para as contratações efetivadas pela ASBT;

- aos pagamentos antecipados e pagamentos efetuados sem a comprovação da regularidade fiscal-previdenciária;

- à aprovação das contas dos recursos federais repassados, mediante convênio, à Associação Sergipana de Blocos de Trio, para os eventos "Lagarto Folia 2008", "Lagarto Folia 2009", "Micarana 2009", "Pré-Caju 2008", "Pré-Caju 2009" e "Pré-Caju 2010".

7. Chamados aos autos, os responsáveis não lograram afastar a quase integralidade das ocorrências.

8. De acordo com a essência a proposta da unidade técnica, ratificada pelo Ministério Público junto ao TCU e sem prejuízo dos ajustes de forma pertinentes, o voto do Relator *a quo* foi confirmado pelo Tribunal no Acórdão 1.254/2014-TCU-2ª Câmara (peças 285 a 288).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

9. A ministra relatora Ana Arraes e o ministro-substituto André Luis de Carvalho admitiram os recursos, atribuindo efeito suspensivo aos itens 9.2, 9.2.2, 9.3, 9.4 e 9.8 do Acórdão 1.254/2014-TCU- Segunda Câmara, conforme peças 295 e 451.

EXAME TÉCNICO

10. Constitui objeto do presente recurso definir se há:

- (a) nulidade processual;
- (b) dano ao erário;
- (c) legitimidade passiva dos recorrentes; e
- (d) competência do TCU atuar no presente feito.

11. **Nulidade processual**

11.1 A ASBT e Lourival Mendes de Oliveira Neto sustentam a nulidade processual decorrente do(a) (peça 289):

- ofensa ao direito de defesa dos responsáveis, porque o Tribunal deixou de comunicá-los da rejeição de suas alegações de defesa antes da prolação do acórdão recorrido (artigos 12, §1º, 22, parágrafo único, e 30, inciso I, letra 'b', da Lei 8.443/1992 (p. 6/7);

- incompetência do Tribunal para condenar pessoas privadas ao pagamento de débito, sem que a mesma pena tenha atingido agente público (conluio não caracterizado), nos termos do art. 16, §§ 1º e 2º, da Lei 8.443/1992 c/c §§ 5º, 6º e 7º do art. 209 do RI/TCU, do Acórdão 10/2001-TCU-2ª Câmara, Súmula TCU 187 e art. 25, §2º, da Lei 8.666/1992 (p. 8/10);

- ausência de pressuposto para o processamento e julgamento da TCE, uma vez que as obrigações ajustadas eram precipuamente privadas.

- desconstituição de negócios jurídicos originários dos recursos repassados à entidade particular, afrontando o princípio da segurança jurídica. O TCU não poder alterar as obrigações recíprocas entre as partes, além de preponderar quanto à sua regência, como ocorre em toda e qualquer contratação pública, as condições pré-estabelecidas no momento de sua celebração (p. 17 e 27);

- uso de rito inadequado para feito. O art. 2º, §2º, da Instrução Normativa n. 63/2010, alterada pela IN 72/2013, prevê que a fiscalização da aplicação dos recursos, repassados a entidades do terceiro setor, deve ser realizado no bojo do exame da prestação de contas do órgão repassador ou quando por ele verificada alguma irregularidade (p.17/18);

- ausência de apreciação do pedido de instauração do incidente de uniformização de jurisprudência (p. 11);

- inexistência de elementos capazes de imprimir a certeza quando à materialidade da infração, cabendo ao TCU o ônus da prova, a teor do Acórdão 495/2008-TCU-Plenário (p. 10/11);

- contradição existente entre o acórdão recorrido e todas as provas dos autos: "O maior exemplo dessa incongruência reside na contrariedade dos atos editados pelos governos locais e manifestações oficiais do Corpo de Bombeiros e Polícia Militar, bem como publicações especializadas e CD's, tudo a confirmar, exatamente, o que se pretendeu negar, no acórdão recorrido: os eventos objetos de fiscalização e julgamento por parte do TCU são públicos e não privados. Afora isso, constituem provas, revestidas do caráter de confissão e reconhecimento como fato notório, as próprias conclusões lançadas no acórdão recorrido, na enumeração a seguir detalhada..." (p. 10/12);

- impossibilidade de imputar ao particular conveniente a falha administrativa do órgão repassador, consistente da não inclusão de cláusula anteriormente determinada pelo TCU, a saber: (a)

detalhamento adicional, nas prestações de contas, dos valores arrecadados e previsão de que sejam revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional - item 9.5.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário; (b) não aceitação de contratos de exclusividade restritos às datas e às localidades das apresentações artísticas, ou que não tenha sido registradas em cartório - item 9.3.2.1 do Acórdão 2.163/2011-TCU-2ª Câmara; e (c) necessidade de especificação, nos planos de trabalho, os valores referentes aos cachês artísticos e aos custos de intermediação empresarial, quando houver - item 9.3.2.2 do Acórdão 2.163/2011-TCU-2ª Câmara (p. 12/13);

- irretroatividade da jurisprudência firmada no Acórdão 2.763/2011-TCU-Plenário (Incidente de Uniformização de Jurisprudência), que tratou da responsabilização, para fins de imputação de débito e condenação em multa, das pessoas físicas e jurídicas do chamado Terceiro Setor (p. 12/15)

Análise

11.2. A alegada supressão do direito de defesa, dos princípios da legalidade e do devido processo legal, por ausência de comunicação da rejeição das alegações de defesa, antes da prolação do acórdão condenatório, não merece ser acolhida pelas razões pormenorizadas no excerto do relatório do Acórdão 256/2002-TCU-Plenário:

13. Inicialmente, cabe destacar que, mediante a Decisão Normativa/TCU nº 35, de 22/11/2000, inaugurou-se, neste Tribunal, novo entendimento quanto à aplicabilidade da etapa de rejeição das alegações de defesa, que, até então, era considerado procedimento incondicional nas circunstâncias do acórdão recorrido. Sob essa nova compreensão, passou-se a admitir, no processo do TCU, o julgamento de contas pela irregularidade, dispensando-se os procedimentos previstos no art. 12, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.443/92, desde que os autos não permitam concluir pela boa-fé do(s) responsável(is) ou demonstrem a ocorrência de outras irregularidades relacionadas no inciso III do artigo 16 da mesma Lei. Esse rito foi regulamentado no art. 3º da citada decisão normativa, **verbis**:

‘Art. 3º - Na hipótese de não se configurar a boa-fé do responsável ou na ocorrência de outras irregularidades relacionadas no art. 16, III, da Lei nº 8.443/92, o Tribunal proferirá, desde logo, o julgamento definitivo de mérito pela irregularidade das contas.’

14. Impõe reconhecer que tanto o acórdão guerreado quanto o recurso em exame efetivaram-se antes da edição da referida norma. Originalmente, portanto, o intento da Procuradoria poderia ser plausível, pois o julgamento em foco é questionado em virtude da supressão de etapa processual até então vista, pela jurisprudência deste Tribunal, como obrigatória.

15. Todavia, compreende-se que não houve, mesmo à época da prolação do **decisum** atacado, afronta inquestionável à Lei, não cabendo argüir a nulidade do julgamento. Explica-se: a Decisão Normativa/TCU nº 35/2000 não modificou as disposições legais expressas no art. 12, §§ 1º e 2º, da LOA/TCU, nem poderia fazê-lo por se tratar de norma de hierarquia inferior, mas tão-somente lhe deu nova inteligência, com base no art. 3º da Lei em comento (confere poderes regulamentares ao TCU, no âmbito de sua competência e jurisdição).

16. Caso essa nova interpretação houvesse ocorrido antes da decisão contestada ou se o processo em exame viesse a julgamento após a edição da DN nº 35/2000, por certo não se argüiria a legalidade do acórdão em foco, como se faz no presente recurso. A Lei permanece a mesma, mudou-se a interpretação. Note-se que este raciocínio adota como premissa a legalidade do novo entendimento materializado na multicitada decisão normativa.

17. Nesse passo, importa reproduzir trecho de instrução elaborada no âmbito desta Secretaria, então 10ª Secex, acolhido no Parecer do Exmo. Ministro Valmir Campelo, Relator da mencionada decisão, em que se demonstram as razões do novo entendimento esposado por este Tribunal:

‘(...) No nosso entender, a melhor interpretação dos § 1º e § 2º seria a de que, se do exame da resposta à citação fosse reconhecida a boa-fé do gestor no ato inquinado, sem que se tenha observado qualquer outra irregularidade, e se mesmo com o reconhecimento da boa-fé, o débito

permanecesse, o Tribunal proferiria a decisão que rejeita as alegações de defesa, abrindo novo prazo para o recolhimento do valor devido.

Decorrido este prazo, voltar-se-ia aos autos para verificar o recolhimento do débito. Tendo este sido recolhido tempestivamente no prazo estipulado pelo Regimento Interno, haveria o julgamento final pela regularidade com ressalvas das contas, em virtude de todos os requisitos exigidos pelo § 2º terem sido implementados (art. 153, §§ 4º e 5º, do Regimento Interno/TCU). Caso contrário, o julgamento final das contas seria pela irregularidade.

Por outro lado, caso não fosse possível observar a boa-fé do responsável ou se observasse outra irregularidade nas contas, por ocasião da resposta à citação, o Tribunal de pronto proferiria o julgamento final das contas pela irregularidade, pois a concessão do prazo não traria nenhum benefício ao responsável.

Adotada essa interpretação, o Tribunal só abriria, novo e improrrogável, prazo para recolhimento do débito, se reconhecesse a boa-fé do gestor por ocasião da resposta à citação e não houvesse sido observada outra irregularidade nas contas, pois só neste caso, a Lei nº 8.443/92 abre exceção para que o pagamento tempestivo do débito saneie o processo.

Além do que, a todos seria concedida a mesma oportunidade de defesa antes do julgamento final das contas. Pois se neste momento o responsável não lograr êxito, só o faria na fase recursal de acordo com o previsto no art. 32 da Lei nº 8.443/92.' (grifos do original)

18. Diante de tais argumentos, acolhidos na ocasião pelo Colegiado Pleno, compreende-se que a nova exegese dada aos §§ 1º e 2º do art. 12 da Lei nº 8.443/92 buscou a economia e a racionalidade processual, não afetando os direitos ao contraditório e à ampla defesa, haja vista que o julgamento imediato pela irregularidade das contas, previsto no art. 3º da DN nº 35/2000, somente ocorre se demonstrada a inocuidade, no processo, da etapa de rejeição das alegações de defesa, em face da inexistência dos requisitos previstos no referido § 2º (reconhecimento da boa-fé e ausência de outras irregularidades que maculem as contas).

19. Por outro lado, cabe indagar se, mesmo no caso de acolher-se o alvitre do Ministério Público, dando-se provimento ao presente recurso para tornar insubsistente a alínea 'b' do acórdão sob análise, haveria mudança no resultado final do julgado. Verifica-se que não.

20. O exame dos autos demonstra que a empresa condenada, legalmente representada por seu sócio-gerente nas alegações de defesa, não logrou comprovar a efetiva entrega dos materiais cobrados ao ex-Inamps, conforme detalhado no item 3 retro, ou seja, não elidiu a causa de instauração desta TCE, a saber: prejuízos causados à extinta autarquia pela cobrança indevida de materiais não utilizados por pacientes de hospital conveniado. Por outro lado, os demais responsáveis arrolados no processo trouxeram alegações de defesa consideradas plausíveis por este Tribunal, afastando-lhes a responsabilidade pelo débito. Tais fatos, por si sós, não permitem reconhecer a boa-fé da ACL Ltda.

21. Isto considerado e adotando-se o entendimento consubstanciado no art. 3º da DN nº 35/2000, o eventual provimento deste recurso resultaria em novo julgamento imediato das contas da ACL Ltda. pela irregularidade, restando inócuo o intento da Procuradoria.

22. Em suma, não houve efetiva transgressão à norma processual que possa ensejar a nulidade da alínea 'b' do item 8 do Acórdão Plenário nº 06/2000, nem se verifica a perspectiva de alteração do resultado do r. julgado, caso o intento seja totalmente provido. (...) (grifou-se)

11.3. No presente caso, a ASBT e Lourival Mendes de Oliveira Neto foram citados e apresentaram as suas respectivas defesas, razão pela qual não há que se falar em nulidade, nos termos da ementa do MS 28212/DF – Distrito Federal abaixo transcrita:

PROCESSO ADMINISTRATIVO – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – DEFESA. Se ficar demonstrado que foi aberta ao administrador oportunidade de defesa, descabe cogitar de violência ao devido processo administrativo. MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS – IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS – GLOSA – REVOLVIMENTO DE FATOS – INADEQUAÇÃO. O mandado de segurança não é meio próprio

a conduzir ao reexame dos elementos probatórios que conduziram o Tribunal de Contas à glosa de administração implementada, consignando o desprezo a pequenas noções relativas ao trato da coisa pública.

11.4. A alegação de incompetência do Tribunal para condenar pessoas privadas ao pagamento de débito, sem que a mesma pena tenha atingido agente público, não merece prosperar, visto que a ASBT e Lourival Mendes de Oliveira Neto, para efeito de responsabilização nestes autos, foram considerados gestores públicos, de acordo com o entendimento assentado no Incidente de Uniformização de Jurisprudência (vide excerto do relatório do Acórdão 2.763/2011-TCU-Plenário):

1ª) tomados em combinação, os artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, parte final, da Constituição Federal, fixam uma competência do TCU que pode ser traduzida como uma jurisdição especial de contas; essa jurisdição especial de contas, que tem sido levada a efeito em sede do procedimento da tomada de contas especial, deve ter lugar nas hipóteses em que presentes dois requisitos básicos: a ocorrência de um ilícito que tenha acarretado prejuízo direto ou indireto ao erário e a constatação de que esse ilícito decorreu de uma conduta irregular de um gestor público, devendo-se entender este conceito em sua acepção mais ampla, a qual compreende qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, a quem se tenha confiado a gestão pública, ou seja, a gestão de recursos de natureza estritamente pública, a gestão de recursos pelos quais a União responda ou, ainda, a gestão exercida por aquele que, em nome da União, tenha assumido obrigações de natureza pecuniária;

2ª) o artigo 71, inciso II, parte final, da Constituição Federal, ao fixar a competência do TCU para julgar contas em razão das específicas ou especiais ocorrências de ‘perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público’, estabelece que as contas que nele se consideram são as dos que ‘derem causa’ às referidas ocorrências lesivas ao erário; a responsabilidade objetiva é campo de exceção, a ser previsto em lei, inexistente em matéria de responsabilidade de gestores públicos; a responsabilização de gestor público por dano causado ao erário somente tem lugar se restar comprovado um aspecto subjetivo da atuação do gestor, ou seja, se restar comprovado que o gestor agiu com culpa, considerando-se este conceito jurídico em seu sentido amplo, o qual compreende a culpa strictu sensu, caracterizada por negligência, imprudência ou imperícia, e o dolo;

3ª) o artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, ao preconizar, de forma ampla, a obrigação de prestar contas da gestão de recursos que de qualquer modo interessam ao patrimônio público, serve a veicular a cristalina mensagem normativa de que é aquele – pessoa física ou jurídica, pública ou privada – a quem se atribui aquela gestão que deve provar a devida aplicação dos recursos que lhe foram confiados; uma vez mais tomados em combinação, o artigo 70, parágrafo único, e o artigo 71, inciso II, parte final, da Constituição Federal, fixam a presunção relativa (presunção iuris tantum) de que foi o gestor público que deu causa ao dano ao erário, cabendo a este provar o contrário;

4ª) **o compromisso convencional a que voluntariamente e em próprio nome se sujeita a pessoa jurídica de direito privado, ao celebrar avença com o poder público federal com vistas à realização de uma finalidade pública, faz daquela entidade privada uma gestora pública; por conseguinte, por força do que dispõe o artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, sobre a entidade privada passa a recair a obrigação pessoal de prestar contas ao poder público; por conseguinte, ainda, por força do que dispõem, em combinação, os artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, parte final, da Constituição, também passa a recair sobre a entidade privada a presunção iuris tantum de ter dado causa a dano ao erário eventualmente ocorrido na execução da avença; são as decisões das pessoas naturais administradoras da entidade que de fato determinam a destinação a ser dada aos recursos públicos transferidos, o que faz dos administradores da pessoa jurídica gestores públicos; por conseguinte, recaem sobre cada um daqueles administradores a obrigação pessoal de comprovar, mediante prestação de contas, a regular aplicação dos recursos públicos que estiveram dispostos à mercê de suas decisões e, também, a presunção iuris tantum de terem dado causa a dano ao erário eventualmente ocorrido em suas gestões; a extensão, aos administradores da pessoa jurídica de direito privado, da obrigação de**

prestar contas e da presunção iuris tantum de que acima se falou, opera-se igualmente por força do que a Constituição Federal dispõe, respectivamente, em seu artigo 70, parágrafo único, e nos seus artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, parte final, tomados estes em combinação; e

6ª) na hipótese em que a pessoa jurídica de direito privado e seus administradores derem causa a dano ao erário na execução de avença celebrada com o poder público federal com vistas à realização de uma finalidade pública, incide sobre eles a responsabilidade solidária pelo dano ao Erário (grifou-se)

11.5. Com esse entendimento, o ônus da prova recai sobre os recorrentes (gestores públicos) e não sobre o TCU. Por força do que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o 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, cabe ao gestor o ônus da prova. O Tribunal firmou jurisprudência nesse sentido, conforme se verifica nos acórdãos 903/2007–1ª Câmara, 1.445/2007–2ª Câmara e 1.656/2006–Plenário.

11.6. Tal entendimento é confirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335/DF, Relator Ministro Moreira Alves), cuja ementa da deliberação vem transcrita a seguir.

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67. A MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67 NÃO TEM NATUREZA DE SANÇÃO DISCIPLINAR. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES RELATIVAS A CERCEAMENTO DE DEFESA. **EM DIREITO FINANCEIRO, CABE AO ORDENADOR DE DESPESAS PROVAR QUE NÃO É RESPONSÁVEL PELAS INFRAÇÕES, QUE LHE SÃO IMPUTADAS, DAS LEIS E REGULAMENTOS NA APLICAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO. COINCIDÊNCIA, AO CONTRÁRIO DO QUE FOI ALEGADO, ENTRE A ACUSAÇÃO E A CONDENAÇÃO, NO TOCANTE À IRREGULARIDADE DA LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO** (grifos acrescidos).

11.7. Não há que se falar em "irretroatividade da jurisprudência firmada no Acórdão 2.763/2011-TCU-Plenário", visto que a decisão ora atacada foi prolatada em 1/4/2014 (Acórdão 1.254/2014-TCU-2ª Câmara), momento posterior ao referido incidente de uniformização de jurisprudência.

11.8. A alegação de que as obrigações ajustadas eram privadas não afastam o pressuposto essencial para o processamento e julgamento desta TCE: a constatação da ocorrência de prejuízo ao erário, que se deu após a apuração de elementos e informações correlatos a esse dano, quais sejam: a descrição detalhada dos fatos, a quantificação do prejuízo, a identificação dos responsáveis e as medidas adotadas com vistas à obtenção do respectivo ressarcimento. Não é demais realçar que a ASBT, entidade privada, **atuou como gestora pública**, a teor do Acórdão 2.763/2011-TCU-Plenário. Assim, entidade privada que administra recursos públicos está sujeita a fiscalização do TCU visto que a ratio da fiscalização reside na origem pública dos recursos e não no exame da natureza das entidades responsáveis pela sua gestão, conforme ementa do MS 26969/DF, verbis:

Ementa: 1. O Tribunal de Contas tem atribuição fiscalizadora acerca de verbas recebidas do Poder Público, sejam públicas ou privadas (MS nº 21.644/DF), máxime porquanto implícito ao sistema constitucional a aferição da escorreita aplicação de recursos oriundos da União, mercê da interpretação extensiva do inciso II do art. 71 da Lei Fundamental. 2. O art. 71, inciso II, da CRFB/88 eclipsa no seu âmago a fiscalização da Administração Pública e das entidades privadas. 3. É cediço na doutrina pátria que “o alcance do inciso [II do art. 71] é vasto, de forma a alcançar todos os que detenham, de alguma forma, dinheiro público, sem seu sentido amplo. Não há exceção e a interpretação deve ser a mais abrangente possível, diante do princípio republicano, (...)”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro . 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 564). 4. O Decreto nº 200/67, dispõe de há muito que “quem quer que utilize

dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.”

11.9. Diversamente do que se alega, o acórdão recorrido não tem efeito destrutivo e nem alterou os negócios jurídicos firmados, mas condenou os responsáveis ao ressarcimento do débito apurado. Portanto, não há que se falar em violação ao princípio da segurança jurídica.

11.10. A alegação de uso de rito inadequado para o feito baseia-se no art. 2º, §2º, da Instrução Normativa TCU n. 63/2010, alterada pela IN-TCU 72/2013. Ocorre que tal norma refere-se à organização dos processos de contas ordinárias. A presente tomada de contas especial é regida pela Instrução Normativa - TCU 56/2007 (revogada pela IN-TCU 71/2012).

11.11. Quanto à alegada nulidade processual em razão da ausência de apreciação do pedido formulado para instauração do incidente de uniformização de jurisprudência, entende-se que não merece acolhimento. Isto porque não há fundamento fático-jurídico para tanto e, se houvesse matéria controversa, o incidente somente poderia ser sugerido ao julgo do colegiado por ministros ou representantes do Ministério Público, a teor do art. 91 do Regimento Interno do TCU.

11.12. Por fim, no que se refere às alegações de nulidade processual decorrente da: (a) contradição entre o acórdão recorrido e as provas dos autos e (b) da impossibilidade de imputar ao particular conveniente a falha administrativa do órgão repassador, entende-se que são questões de mérito propriamente dito, a serem examinadas a seguir.

11.13. Assim, rejeita-se estes argumentos de nulidade processual.

12. **Dano ao erário**

12.1 A ASBT e Lourival Mendes de Oliveira Neto sustentam que (peça 289):

- o mero descumprimento de cláusula firmadas entre as partes, quando não comprovado ato ilícito decorrente de ação de agente público, sequer constitui causa para a instauração de TCE (p. 16);

- os recursos foram aplicados de acordo com a Política Nacional de Turismo (PNT 2007/2010), Lei Geral do Turismo, Lei 11.771/2008, Lei Complementar 101/2000, Decretos n. 2.829/1998 e 6.170/2007 e Portarias MTur n. 171/2008 e 153/2009 e os ajustes foram efetivamente executados conforme os planos de trabalho, aprovados, fiscalizados e avaliados por setores especializados do órgão repassador, sendo, inclusive, observado o valor máximo estabelecido (p. 15/16 e 19);

- não houve dano ao erário por inexecução do objeto pactuado, inaplicação, malversação, ou locupletamento dos recursos repassados (p. 28);

- o acórdão recorrido desprezou a maior prova documental dos autos, constituída de legítima manifestação administrativa, que indicou o rigoroso cumprimento do plano de trabalho dos convênios (p. 17);

- eventuais receitas geradas com a venda de ingressos de camarotes e de abadás não foram recolhidas ao Tesouro Nacional porque (a) não há norma/cláusula de convênio que determine a inclusão desses valores na prestação de contas e, por isto, deve-se considerar mera falha formal; (b) existem para cobrir custos adicionais de tais comodidades e nunca se prestaram para realizar despesa de ornamentações, mobílias, comidas, bebidas, segurança, manobristas e confecção de camisetas (p. 22/24);

- o acórdão recorrido não distinguiu os custos de cachês artísticos e de intermediação empresarial, entendendo que teria havido cobrança de valores de cachês acima do valor real efetivamente cobrado e recebido pelas bandas/artistas (p. 24);

- o valor dos cachês foi informado de forma global, mediante nota fiscal e corroborada por instrumento contratual, fato desconsiderado na decisão recorrida: “A própria existência de notas

fiscais, regularmente emitidas, e a leitura da descrição do objeto contratado, por meio de tais empresas, permitem uma compreensão bem diferente, isto é, a de que tais contratações abrangiam ambos os gastos: (i) cachês artísticos propriamente e (ii) custos de intermediação empresarial, não podendo ter mais valor probatório meros recibos firmados pelos artistas ou bandas que não figuraram na relação contratual por estarem representados por empresários intermediários, estes, sim, contratados e legitimados a emitir as competentes notas fiscais... ...salvo melhor juízo, legal ou contratualmente, não existe como determinar, ao artista ou banda, como ele será representado e qual o custo dessa intermediação" (p. 24/25);

- "a prova documental acostada também revela a observância do princípio da economicidade quando se confronta o preço pago através de contratação direta de bandas e aquele cobrado através de representantes ou empresários locais, sendo certo que o próprio TCU, indiretamente, considera essa realidade" (p. 25/26);

- o TCU reconhece que novas regras precisam ser adotadas, quando se cuida de "contratações de artistas", ao mesmo tempo que considera legítimo o eventual pagamento, com recursos públicos, de custos de intermediação empresarial de tais profissionais, no Acórdão 2.163/2011-TCU-2ª Câmara (p. 26);

- os convênios administrativos, objeto destes autos, embora tenham sido celebrados e refirmam-se aos anos de 2008, 2009 e 2010, não fazem menção ao comando do item 9.5.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário e do art. 17 da Portaria MTur 153/2009.

- o Pré-Caju 2008/2010, o Lagarto Folia 2008/2009 e a Micarana 2009 foram eventos públicos que contaram com a presença de milhares de pessoas (foliões). Tais eventos foram divididos em três partes: os convidados dos camarotes; os grupos dos abadás e os populares que acompanham os shows do lado externo do cordão de isolamento, chamados de "pipocas". Assim, o fato de existir área restrita e próxima ao trio não significa que os "pipocas" foram privados da diversão, pois os eventos eram abertos ao público e nessas festividades pré-carnavalescas 95% dos foliões constituem-se de "pipocas" e apenas 5% são pagantes dos camarotes e dos abadás (p. 21/22);

- há contradição entre o acórdão recorrido e todas as provas dos autos: "O maior exemplo dessa incongruência reside na contrariedade dos atos editados pelos governos locais e manifestações oficiais do Corpo de Bombeiros e Polícia Militar, bem como publicações especializadas e CD's, tudo a confirmar, exatamente, o que se pretendeu negar, no acórdão recorrido: os eventos objetos de fiscalização e julgamento por parte do TCU são públicos e não privados. Afora isso, constituem provas, revestidas do caráter de confissão e reconhecimento como fato notório, as próprias conclusões lançadas no acórdão recorrido, na enumeração a seguir detalhada..." (p. 10/12);

- o Decreto 6.170/2007 e a Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127/2008 vedam a celebração de ajustes de natureza financeira com entes privados com fins lucrativos e a ASBT não se enquadra nesta situação, conforme o art. 53 do Código Civil (p. 20).

Análise

12.2. Conforme consta do item 11.8 desta instrução, os pressupostos para instauração e julgamento desta TCE foram observados, resultando na constatação de prejuízo ao erário causado pelos seguintes motivos:

(a) o uso de recursos públicos para o pagamento de despesas de entidades privadas com shows não abertos ao público (Pré-Caju/2009, Pré-Caju/2010, Micarana/2009, Lagarto Folia/2008 e Lagarto Folia/2009), eventos em que se arrecadou recursos com a venda de bens e serviços, sem a comprovação de que a receita foi revertida para consecução do objeto conveniado ou recolhida ao Tesouro Nacional (descumprimento de obrigação convenial); e

(b) o pagamento de cachês a bandas/artistas que se apresentaram em eventos, objetos de

convênio com o MTur, em valores inferiores aos informados nos respectivos ajustes, configurando desvio de recursos públicos.

12.3. O nexo de causalidade entre a conduta dos recorrentes e o prejuízo causado ao erário foi devidamente caracterizado nos itens 2.7 e 2.13 do relatório de auditoria, nos itens 4.1.3 e 4.2.4 da instrução da unidade técnica e nos itens 10 a 33 do voto condutor do Acórdão 1.254/2014-TCU-2ª Câmara, que assim dispôs (peça 1, p. 19/23 e 36/42, peça 286, p. 13/17 e 19/20 e peça 287, p. 2/5):

10. Em relação aos argumentos apresentados conjuntamente pela ASBT e pelo Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto quanto à ocorrência descrita no subitem 9.2 do acórdão, cabe esclarecer que não se questiona a concretização dos objetivos dos convênios celebrados, no caso o incentivo ao turismo, mas sim a aplicação em desconformidade dos recursos descentralizados, isso porque foram utilizados para o pagamento de despesas de entidades privadas com shows não abertos ao público, com a arrecadação de valores referente à comercialização de bens e serviços.

11. Como já mencionei alhures, e que enfatizo mais uma vez, muito embora as declarações prestadas pela ASBT no sentido de que os eventos tinham cunho social e eram realizados em via pública totalmente aberta; com a participação gratuita de milhares de pessoas; e que não havia a cobrança de ingressos, tampouco a comercialização de bens e serviços fornecidos durante a realização dos eventos, as provas colacionadas aos autos pela equipe de auditoria demonstraram justamente o contrário.

12. Apesar de não ser vedada a venda de camarotes ou “abadás” nos eventos custeados com recursos públicos, todos os valores obtidos com a venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos deveriam, porém, ser revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional, além de que tais valores deveriam integrar a respectiva prestação de contas.

13. Ocorre que, em nenhum momento, as prestações de contas apresentadas informaram a existência de receitas com a comercialização desses itens, com a demonstração de que elas foram revertidas para consecução do objeto conveniado ou restituídas ao Tesouro Nacional, de modo que os responsáveis descumpriram com a obrigação convencional que lhes era imposta.

14. Observo que, somente após fiscalização deste Tribunal, foram apresentadas informações complementares acerca da arrecadação de tais valores em relações aos eventos Pré-Caju 2009 e Pré-Caju-2010, as quais, contudo, não foram tidas por suficientes pela unidade técnica para comprovar a destinação dos recursos, especialmente a reversão dos valores em prol dos convênios.

15. Quanto aos demais eventos, em que não houve a apresentação de prestação de contas complementar, não procede a alegação de que a referida comprovação caberia à empresa terceirizada (NA Produções e Eventos Ltda.), tendo em vista que isso era obrigação da conveniente, devendo ainda ser consignado que a referida empresa pertence a grupo familiar do presidente da ASBT.

16. Igualmente, carece de fundamento a afirmação dos responsáveis de que inexistia nos convênios o comando contido no subitem 9.5.2 do Acórdão 96/2008 – Plenário, que determinou que os valores arrecadados fossem revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional, porquanto fez demonstrar a instrução da Secex/SE a existência de disposições específicas, de semelhante teor, nos instrumentos celebrados pela ASBT, a exemplo do termo do Convênio n.º 12/2008, referente ao “Lagarto Folia 2008”, dele constante expressamente:

“CLÁUSULA TERCEIRA - DAS OBRIGAÇÕES DOS PARTICIPES

(...)

II - Compete ao CONVENIENTE:

(...)

s) *na hipótese de cobrança de ingressos em shows e eventos ou venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos no âmbito deste Convênio, os valores arrecadados devem ser revertidos*

para a consecução do objeto ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional ;

(...)

CLÁUSULA NONA - DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

(...)

PARÁGRAFO PRIMEIRO. A prestação de contas deverá ser elaborada com rigorosa observância às disposições da IN/STN/MF/N. 1/97, conforme modelos fornecidos pelo CONCEDENTE, devendo constituir-se, especialmente, dos seguintes documentos:

(...)

n) comprovante dos valores adicionais arrecadados por meio de cobrança de ingressos em show e eventos ou da venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos no âmbito deste Convênio ou do comprovante de depósito à conta Tesouro Nacional, se for o caso;” (grifos nossos)

17. A exceção que se faz a essa constatação é relativa ao Convênio n.º 687/2007, pertinente ao evento “Pré-Caju 2008”, firmado em 10/12/2007, em que realmente não constava disposição específica naquele sentido, razão porque a quantia impugnada deve ser excluída do débito apurado, sobretudo considerando que a aludida deliberação do Tribunal (Acórdão 96/2008 – Plenário) foi proferida após a celebração do convênio.

18. No tocante às alegações de defesa apresentadas acerca da ocorrência descrita no subitem 9.3 do Acórdão 762/2011 – Plenário, apurou-se, à época da auditoria, que a Associação Sergipana de Blocos de Trio - ASBT, quando da execução dos convênios celebrados com o Ministério do Turismo, firmou contratos com empresas intermediadoras que não detinham o direito de exclusividade com os artistas ou bandas, sendo apenas autorizadas a agenciá-los nas datas dos shows.

(...)

20. Em suma, verificou-se, com base em informações extraídas de processo judicial, que foram pagos cachês a bandas/artistas em valores menores do que aqueles indicados nos respectivos ajustes, nada obstante as prestações de contas declararem que os valores teriam sido destinados inteiramente para o pagamento de cachês, restando, portanto, configurado o desvio de recursos públicos.

21. As alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis argumentam, na essência, a correção e a legitimidade dos valores pagos a maior, devidos a título de intermediação empresarial, sustentando-se, assim, a idoneidade da documentação constante das prestações de contas e a necessidade de cobrança de tais valores para fins de efetivação dos eventos pela ASBT.

22. O primeiro aspecto a ser considerado é que não se questionou a veracidade da documentação apresentada pelas diversas empresas junto à ASBT, mas sim o fato de que os valores informados nas notas fiscais constantes das prestações de contas não correspondiam aos valores de cachê cobrados e recebidos pelos artistas/bandas contratados no âmbito dos convênios firmados com o MTur.

23. Ainda que os responsáveis justifiquem a necessidade de cobrança de tais valores, em virtude da incidência de outros custos e encargos para realização dos eventos, o fato é que não havia nos planos de trabalhos dos convênios a previsão para a realização de tais despesas, muito menos autorização na norma específica do Ministério do Turismo (Portaria n.º 153/2009), que dispunha sobre as regras e critérios para a formalização de apoio a eventos do turismo e de incremento do fluxo turístico local, regional, estadual ou nacional.

24. Conforme destacou a instrução da unidade técnica, a referida portaria somente admitia, taxativamente, o pagamento de cachês, e não de despesas a título de intermediação empresarial:

(...)

25. Especificamente quanto ao argumento apresentado pelo Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto e da Associação Sergipana de Blocos de Trio – ASBT de que o Acórdão 2163/2011 – 2ª Câmara

respaldaria o pagamento de despesas questionadas, observo que, de fato, por meio da referida deliberação, foi dirigida determinação ao Ministério do Turismo no sentido de que fossem especificados nos planos de trabalho os valores atinentes aos custos de intermediação empresarial, o que, a princípio, poderia ensejar a aceitação dos gastos em questão pelo Tribunal.

26. Não obstante, entendo que isso não tem o condão de legitimar, na espécie, o pagamento de tais valores, pois, ainda que porventura tenham realmente existido, não se pode inferir que as diferenças apuradas foram realizadas a esse título, considerando ainda a enorme discrepância entre os valores recebidos pelas bandas e aqueles informados ao órgão repassador dos recursos.

27. Outro aspecto a ser observado, nos termos destacados no Voto condutor do Acórdão 762/2011 – Plenário, é que a ASBT, quando da execução dos convênios celebrados com o Ministério do Turismo, firmou contratos com empresas intermediadoras que não detinham o direito de exclusividade dos artistas, sendo apenas autorizadas a agenciar os artistas nas datas específicas dos eventos, em desconformidade com a determinação constante do subitem 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008 – Plenário.

28. Penso que a referida determinação, ao exigir a apresentação de cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, tem por intuito não só assegurar a regularidade da contratação por meio de inexigibilidade de licitação, mas evitar o pagamento de intermediações indevidas, quando há possibilidade de contratação direta do próprio artista, logicamente mais econômica.

29. Em relação às alegações apresentadas conjuntamente (peça 118) pelas empresas Planeta Empreendimentos e Serviços Ltda., Valéria Patrícia Pinheiro de Oliveira Azevedo – V& M, I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda., RDM Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda., Sergipe Show Propaganda e Produção Artísticas Ltda., WD Produções e Eventos, entendo, como a unidade técnica, que elas não são capazes de afastar a irregularidade por que foram instadas a se manifestar.

30. Além de explicitarem a forma como se dá a contratação dos artistas e bandas, sustentam as empresas a existência de custos indiretos de produção (tributação, encargos e riscos financeiros, equipe técnica de produção, dentre outros) que justificariam a diferença apresentada entre o valor indicado no plano de trabalho apresentado ao Ministério do Turismo e o cachê repassado às bandas/artista. Esses custos seriam arcados pelo representante local, colacionando-se aos autos cópias de notas fiscais que comprovariam a inexistência de qualquer desvio de verba pública.

31. Ainda que fosse relevada a ausência de previsão nos convênios do pagamento de custos de intermediação empresarial, bem assim admitida a necessidade dos referidos custos para a consecução dos eventos, entendo que mesmo assim as referidas despesas não estão comprovadas, mostrando-se insuficiente para tanto a mera existência de diferenças de preços entre as contratações realizadas com o representante exclusivo e o representante local.

32. A propósito, vejo que os documentos fiscais colacionados pelas empresas defendentes não trazem qualquer especificação dos custos de intermediação incorridos, não se podendo com isso asseverar que realmente ocorreram, ou mesmo em que medida seriam eventualmente devidos, considerando as expressivas diferenças apuradas pela equipe de auditoria, no percentual médio de 40%.

33. Portanto, as alegações de defesa apresentadas em relação às ocorrências descritas nos subitens 9.2 e 9.3 do Acórdão 762/2011 – Plenário devem ser rejeitadas, ensejando a irregularidade das contas e a condenação em débito dos respectivos responsáveis, com a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443, de 1992. (grifou-se)

12.4. A alegada ausência de cláusula de convênio, que determinasse a inclusão, na prestação de contas, de eventuais receitas geradas com a comercialização de bens e serviços não merece guarida. Em atenção ao item 9.5.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, tais cláusulas constam dos ajustes, como se vê na letra ‘n’ da peça 5, p. 24 (Lagarto Folia/2008); letra ‘k’ da peça 16, p. 47 (Micarana/2009); letra ‘k’ da peça 23, p. 33 (Pré-Caju/2009); letra ‘k’ da peça 30, p. 2 (Lagarto Folia/2009); e letra ‘k’ da peça 40, p. 4 (Pré-Caju/2010), todos do TC 014.040/2010-7 em apenso.

Conclui-se que a obrigação convencional não foi cumprida pela ASBT e, sem a apresentação de documentos probatórios, remanesce o débito.

12.5. Sustentar que tais receitas existem para cobrir custos adicionais aos bens e serviços não socorre aos recorrentes, visto que não houve qualquer comprovação de que as receitas foram aplicadas na consecução dos objetos dos convênios.

12.6. Quanto ao pagamento de cachês artísticos, como alegam os recorrentes, o Tribunal não distinguiu os custos de cachês artísticos e de intermediação empresarial. Isto porque não havia no plano de trabalho dos convênios a previsão para a realização de despesas com intermediação empresarial, muito menos autorização na norma específica do Ministério do Turismo (Portaria n.º 153/2009), embora sustente-se que os valores dos cachês abrangiam os cachês propriamente dito e custos de intermediação empresarial.

12.7. Ainda que relevada a ausência de previsão nos convênios do pagamento de custos de intermediação empresarial e admitida a necessidade destes custos para a consecução dos eventos, tais despesas não foram devidamente comprovadas.

12.8. Nesta seara dever-se-ia apresentar cópia do contrato de exclusividade dos artistas/bandas com o empresário contratado, registrado em cartório. Destacando-se 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, a teor do item 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário.

12.9. Como bem destacou o Relator *a quo*, a exigência da apresentação de cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, tem por intuito não só assegurar a regularidade da contratação por meio de inexigibilidade de licitação, mas evitar o pagamento de intermediações indevidas, quando há possibilidade de contratação direta do próprio artista, logicamente mais econômica.

12.10. Os recorrentes alegam observância ao princípio da economicidade no pagamento realizada à Banda Aviões do Forró, a título de cachê, no evento Pré-Caju 2009 (item 23 do voto condutor do Acórdão 762/2011-TCU-Plenário do TC 014.040/2010-7 em apenso). Ocorre que a irregularidade, em exame, não consta do mencionado evento (item 2.7 da peça 1, p. 19/23 e tabelas 3 e 4 da peça 1, p. 56/64) e, por consequência, tal informação não interfere no débito apurado. Ressalta-se que a informação trazida pelos recorrentes refere-se à quantificação do débito da letra 'a', do item 12.2 desta instrução e não da letra 'b', irregularidade ora analisada.

12.11. Quanto à intermediação empresarial, o Acórdão 2163/2011-TCU-Segunda Câmara, mencionado na peça recursal, determinou ao Ministério do Turismo que:

9.3.2. adote as providências necessárias para adequar a Portaria MTur nº 153, de 6/10/2009, bem como os regulamentos e os manuais internos referentes à análise técnica de projetos e à aprovação de prestações de contas de convênios, para que, nos casos de ajustes que contemplem a contratação de artistas:

9.3.2.1. sejam observados os requisitos constantes do subitem 9.5.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário, não devendo ser aceitos contratos de exclusividade restritos às datas e às localidades das apresentações artísticas, ou que não tenham sido registrados em cartório; e

9.3.2.2. sejam especificados, nos Planos de Trabalho, os valores referentes aos cachês artísticos e aos custos de intermediação empresarial, quando houver;

(...)

12.12. Observa-se a determinação ao Ministério do Turismo de que os custos de intermediação empresarial (contrato de exclusividade dos artistas/bandas com o empresário contratado, registrado em cartório), devem constar do plano de trabalho, bem como da prestação de contas, fato não observado

nos presentes autos. Enfatiza-se que não houve a comprovação da regular intermediação empresarial e que esse acórdão foi prolatado (5/4/2011) após a realização de todos os eventos que foram alvo da presente fiscalização na ASBT.

12.13. Assiste razão ao recorrente no que tange à inexistência, nos convênios firmados, dos comandos do caput do art. 17 da Portaria MTur 153/2009, o qual não prevê despesa com intermediação empresarial. No entanto, isto não afasta a irregularidade sobre o débito, uma vez que não há a demonstração cabal do destino desses valores, ainda que se alegue a intermediação empresarial, que também carece de lastro probatório.

12.14. A alegação de que os eventos foram públicos, contando com a presença de milhares de pessoas não é capaz de afastar as irregularidades constatadas. Diversamente do que se alega, não há contradição entre o acórdão recorrido e as provas dos autos, pois ainda que os eventos tenham contado com a presença de milhares de pessoas (pipocas), não se comprovou que os valores arrecadados com a comercialização de camarotes e abadás foram revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional. Tal fato caracterizou dano aos cofres públicos com a concessão de subvenção social a entidade privada, vedada pelo art. 16 da lei 4.320/1964. Tal entendimento pode ser visto no item 5.1.2.1 do Relatório e no parecer do Ministério Público/TCU (peça 277, p. 1/2 e peça 286, p. 21/22):

5.1.2.1. É fato notório que os eventos intitulados “carnavais fora de época” realizados no estado de Sergipe com a utilização de recursos federais não podem ser considerados como de “interesse fundamentalmente privados”, já que existe uma intensa movimentação econômica em função de tais eventos, com o incremento de taxas de ocupação em hotéis e na venda de produtos e serviços, gerando inclusive uma maior arrecadação de tributos.

5.1.2.2. Porém, há que se observar que não houve por parte do responsável qualquer atitude no sentido de fazer valer o comando inserto no subitem 9.5.2 do Acórdão 96/2008-TCUPlenário, que reza que os valores arrecadados com a cobrança de ingressos em shows e eventos, ou com a venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos em função dos projetos beneficiados com recursos dos convênios, devem ser revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional e que os referidos valores devem integrar a prestação de contas.

5.1.2.3. Em nenhum dos eventos em que houve obtenção de recursos por parte da ASBT com a venda de camarotes e abadás, houve comprovação de que esses valores tenham sido efetivamente revertidos para a consecução do objeto conveniado ou devidamente incorporados à prestação de contas de forma tempestiva.

(...)

O contexto fático posto nos autos evidencia a utilização indevida de convênios para a consecução de objetivos estritamente comerciais e privados.

Observa-se que figura como conveniente a Associação Sergipana de Blocos e Trios – ASBT, associação civil sem fins lucrativos, cujos únicos associados são os blocos “Cerveja & Coco” e “Aviões Elétrico”, representados pela empresa NA Produções e Eventos Ltda., os blocos “Com Amor”, “Eva”, “Nana Banana” e “CamaroteAJU”, representados pela empresa Colosso Empreendimentos Turísticos Ltda., e os blocos “Meu & Seu”, “Cavaleiros Elétrico” e “UAU”, representados pela empresa Planeta Show Produções e Eventos Ltda.

Depreende-se dos autos que a mencionada associação civil tem como objetivo precípuo prospectar negócios, na área promoção de eventos, para seus associados. Nesse sentido destaca que a condição sine qua non para ser associado é que a empresa atue na organização, produção e promoção de eventos, nos termos do art. 6º do Estatuto Social da ASBT (pág. 8 da peça 56).

O principal objetivo da ASBT está inscrito no inciso I do art. 5 de seu Estatuto Social: “promover e administrar PRÉ-CAJU, bem como eventos festivos e culturais de todo e qualquer gênero musical em todo o Estado de Sergipe, sempre de caráter coletivo, disciplinando sua organização em todas as etapas por meio de regulamentos, instruções e instrumentos correlatos” (pág. 7 da peça 56).

Evidentemente a promoção e administração de eventos objeto da ASBT constitui uma atividade comercial, trivialmente explorada por empresas privadas, e que se confunde com a atividade dos seus próprios associados. Esta constatação gera a indagação acerca das razões que levariam uma sociedade empresária a associar-se a uma entidade cujo principal objetivo coincide com a sua atividade econômica. A resposta parece constar do inciso VII do art. 5 de seu Estatuto Social:

Artigo 5º - Os objetivos/finalidades da ASBT consistem em:

(...)

VII – Promover e coordenar, em regime de parceria com a União, Estados ou Municípios, eventos festivos que fomentem o turismo local, independente do gênero musical (pág. 7 da peça 56).

Assim, percebe-se que a referida Associação constituiu artifício de seus associados para angariar recursos públicos para as suas próprias atividades comerciais e com interesses exclusivamente privados, aproveitando indevidamente do disposto no art. 1º do Decreto nº 6.170/2007 que permite à União celebrar convênios com entidades privadas sem fins lucrativos)

Nesse sentido, conforme restou consignado no voto condutor do Acórdão nº 762/2011 - Plenário, “pode-se concluir que os recursos federais estariam a serviço da maximização do lucro do conveniado, especialmente se levarmos em conta a informação da unidade técnica de que os blocos, por meio dos quais se apresentaram os artistas, são de propriedade das empresas que compõem a ASBT, empresas essas, aliás, representadas por membros da família do presidente da associação”.

Assim, em que pese sob o aspecto jurídico-formal a celebração do convênio tenha aparência de legalidade, sob o aspecto substantivo verifica-se que o acordo afronta o art. 1º do Decreto 6.170/2007 porque, sob o argumento de fomentar o turismo, visa o interesse econômico do conveniente e seus associados. Considerando que o interesse em tais ajustes foi precipuamente privado, resta caracterizada a concessão de subvenção social a entidade privada, vedada pelo caput do art. 16 da Lei nº 4.320/1964, e que somente seria admissível mediante prévia aprovação em lei específica, nos termos do art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000. Ante a inexistência de autorização legal, resta configurada a ilegalidade dos acordos em exame.

Além disso, a celebração de convênio pressupõe, nos termos do inciso I do § 1º do art. 1º do Decreto 6.170/2007, a consecução de um objetivo comum em regime de mútua cooperação. É cristalino nos autos que não há objetivo comum entre o Ministério do Turismo a conveniente. Da celebração do convênio ressalta o objetivo do Ministério de fomentar o turismo. Por outro lado, o interesse da conveniente constitui a mera geração de lucro aos seus associados.

Assim, conforme já constatou o eminente Ministro José Jorge no voto condutor do Acórdão nº 762/2011 – Plenário, não se vislumbra na atuação da ASBT interesse na promoção do turismo local no Estado de Sergipe e, “ainda que se pudesse reconhecer que esses eventos movimentam a economia local, foge, a meu ver, ao interesse público a concessão de recursos federais para entidades privadas promoverem shows particulares com comprovadas fontes próprias de autofinanciamento” (grifou-se)

12.15. Quanto à alegada aprovação dos planos de trabalho e da execução dos objetos ajustados pelos setores especializados do Ministério do Turismo, enfatiza-se que o Tribunal não está adstrito ao parecer daquele órgão, pois o TCU exerce sua competência de forma independente e não se vincula a parecer do concedente ou repassador de recursos públicos federais, em sede de análise de prestação de contas de convênios (v.g. Acórdão 3302/2010-TCU-1ª Câmara).

12.16. No que diz respeito à vedação de ajustes com entes privados com fins lucrativos (Decreto 6.170/2007 e a Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127/2008), ratifica-se o posicionamento do Ministério Público/TCU, já citado no item 12.14 desta instrução.

12.17. Ante o exposto, rejeita-se estas alegações.

13. **Legitimidade passiva**

13.1. A ASBT e Lourival Mendes de Oliveira Neto, presidente da ASBT, sustentam que (peça 289):

- não podem ser responsabilizados por falha administrativa do órgão repassador, consistente da não inclusão de cláusula anteriormente determinada pelo TCU, a saber: (a) detalhamento adicional, nas prestações de contas, dos valores arrecadados e previsão de que sejam revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional - item 9.5.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário; (b) não aceitação de contratos de exclusividade restritos às datas e às localidades das apresentações artísticas, ou que não tenha sido registradas em cartório - item 9.3.2.1 do Acórdão 2.163/2011-TCU-2ª Câmara; e (c) necessidade de especificação, nos planos de trabalho, os valores referentes aos cachês artísticos e aos custos de intermediação empresarial, quando houver - item 9.3.2.2 do Acórdão 2.163/2011-TCU-2ª Câmara (p. 12/13);

- não há constatação de que valores arrecadados nos eventos tenham beneficiado Lourival Mendes de Oliveira Neto (ex-presidente) (p. 17).

Análise

13.2. O Tribunal reprovou a conduta dos recorrentes, em essência, pelo não cumprimento de obrigação da conveniente, prevista em ajuste (item 12.4 desta instrução) e pela não comprovação de despesas realizadas com a diferença dos valores pagos (cachês de artistas/bandas) e aqueles declarados em convênio (item 12.6 a 12.9 da instrução), que culminaram em prejuízo ao erário. Devidamente demonstrado nos autos o nexo de causalidade entre a conduta dos recorrentes e o débito, não há como acolher as razões recursais, enfatizando-se que a responsabilização subjetiva do presidente da ASBT independe da comprovação de que os desfálques o beneficiaram pessoalmente.

14. **Legitimidade passiva**

14.1. Paulo Pires Campos, chefe da assessoria parlamentar do Ministério do Turismo, sustenta que (peça 290, p. 1/2):

- ocupava a chefia da assessoria parlamentar, lotado no gabinete do Ministro e fiscalizar eventos não fazia parte de suas atribuições;

- não ocupava o cargo de assessor da Secretaria Nacional de Políticas de Turismo - SNPTUR, área competente do Ministério do Turismo do programa de promoção de eventos, da análise do plano de trabalho do termo de convênio;

- no período de recesso parlamentar, atendendo à solicitação do Coordenador-geral de Gestão e Planejamento da SNPTUR, realizou a fiscalização *in loco* do evento, mas não foi orientado pelos responsáveis, Ayrton Nogueira Pereira Junior, Secretário da SNPTUR, ou pelo Coordenador-geral da SNPTUR, Dorvalino Santana Alvarez: “A única orientação que recebi foi para confirmar, além da realização do evento, que os itens previstos no Plano de Trabalho e aprovados pela área técnica da SNPTUR, estavam sendo seguidos, respondendo o questionário de fiscalização”;

- relatou a existência de abadás e de camarotes apesar de não citar explicitamente 'ingressos e venda de serviços', conforme determina a alínea "cc", do item II da cláusula terceira do termo do convênio;

- competia ao conveniente, na fase de prestação de contas, assegurar que os valores arrecadados teriam sido revertidos para a consecução do objeto;

- a informação relatada pelo recorrente era suficiente para a análise da prestação de contas do MTUR;

- a fiscalização *in loco* tinha a finalidade de verificar a efetiva realização do evento e o cumprimento do plano de trabalho aprovado.

Análise

14.2. Paulo Pires de Campos, chefe de assessoria do Mtur, foi chamado a se manifestar pelo fato de ter emitido o Relatório de Supervisão *in loco*, datado de 10/2/2009, sem fazer qualquer alusão à cobrança de ingressos ou vendas de bens e serviços produzidos ou fornecidos no âmbito do Convênio Siafi 702567 (Pré-Caju 2009), mesmo tendo informado nesse relatório da existência de camarotes no percurso do evento.

14.3 Alegar que, à época dos fatos, não ocupava o cargo de assessor da Secretaria Nacional de Políticas de Turismo – SNPTUR, mas a chefia da assessoria parlamentar, não afasta a sua responsabilidade nestes autos.

14.4 Ainda que a fiscalização de eventos não fosse sua atribuição, o recorrente, ao realizar a fiscalização *in loco* do Pré-Caju 2009, assumiu para si a responsabilidade por tal atividade, não podendo se acolher o argumento de que não foi devidamente orientado pelo Secretário da SNPTUR ou pelo Coordenador-geral da SNPTUR.

14.5 O fato de ter relatado a existência de camarotes no relatório de supervisão *in loco*, informação superficial e insuficiente (peça 184, p. 2/11), não afasta a omissão do recorrente quanto à cobrança de ingressos e vendas de bens e serviços naquele evento.

14.6. A fiscalização *in loco* pressupõe a verificação pessoal, realizada por agente público, do cumprimento das obrigações da conveniente, entre eles, aquela prevista na alínea “cc” do item II da cláusula terceira do ajuste (peça 23, p. 24, do TC 014.040/20010-7, em apenso). É de se esclarecer que a fiscalização não se confunde com a própria obrigação da conveniente.

14.7. Em reforço a este exame, apresenta-se o parecer da unidade técnica e do Relator do acórdão recorrido (peça 286, p. 47 e peça 287, p. 9/10):

6.19.2.1. A alegação do responsável de que não foi orientado para observar se havia ou não cobrança de ingressos ou venda de bens e serviços não merece prosperar, pois no termo do Convênio Siafi 702567 (Pré-Caju 2009) havia disposição expressa na alínea “cc” do item II da Cláusula Terceira que competia ao conveniente assegurar que os valores arrecadados com a cobrança de ingressos em shows e eventos ou venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos no âmbito deste Convênio seriam revertidos para a consecução do objeto ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional, quando for o caso (peça 23, p. 24, do TC 014.040/20010-7 em apenso).

6.19.2.2. Qual o sentido de realização de uma supervisão in loco de um evento se não fosse para averiguar se o conveniente estava cumprindo todas as cláusulas do convênio pactuado, e, em especial, aquelas que faziam referência à própria realização do evento? Ficar adstrito a simples questionários que não contemplam todas as nuances necessárias para a verificação do fiel cumprimento do convênio faz desse documento uma simples folha de papel anexada ao processo. E isso sem considerar os gastos de deslocamento de um técnico do MTur de Brasília/DF para Aracaju/SE para a realização dessa supervisão, tais como despesas com diárias e passagens aéreas.

(....)

65. Igualmente, o Sr. Paulo Pires de Campos, Chefe de Assessoria do Mtur à época, foi chamado a se manifestar pelo fato de ter emitido o Relatório de Supervisão *in loco*, datado de 10/2/2009, sem fazer qualquer alusão à cobrança de ingressos ou vendas de bens e serviços produzidos ou fornecidos no âmbito do Convênio Siafi 702567 (Pré-Caju 2009), mesmo tendo informado nesse relatório da existência de camarotes no percurso do evento.

66. Afigura-se improcedente o argumento do responsável de que não foi orientado para observar se havia ou não cobrança de ingressos ou venda de bens e serviços, pois era do seu dever ter conhecimento acerca das condições de realização do evento para o qual foi designado inspecionar.

67. Da mesma forma, a alegação de que estava adstrito ao preenchimento de um formulário sobre o atendimento do plano de trabalho não milita a favor do responsável, pois, como bem salientou a

instrução, não faria sentido a realização de uma fiscalização *in loco* que não fosse para averiguar o cumprimento de todas as cláusulas do convênio pactuado. (grifou-se)

14.8. Nestes termos, não há como acolher as presentes alegações.

15. **Legitimidade passiva**

15.1. Marisa da Silva Chaves, técnica do MTur, sustenta que (peça 306):

- as circunstâncias da fiscalização *in loco* não permitiram supor a venda de ingressos ou a distribuição de entradas para arquibancadas ou camarotes, pois não houve cobrança de ingresso da recorrente, por parte dos organizadores do evento, no momento da fiscalização (p. 3);

- a detecção da venda de ingressos somente seria possível, caso houvesse supervisão anterior ao evento, o que não foi feito. Sendo assim, a responsabilidade pelas irregularidades não pode ser repassada à recorrente (p. 4);

- a afirmação, em razões de justificativas, de que não observou o uso de abadás não indica que foi negligente na fiscalização (p. 4).

- seguiu, à risca, a orientação de sua chefia e o relatório de fiscalização demonstra diligência da recorrente, ao requerer a glosa dos recursos referentes a cartazes e panfletos (p. 4/5);

- a fiscalização foi realizada um mês após a sua posse no cargo (p. 5);

- a conveniente informou, à fl.344 do processo administrativo, que não houve por parte da ASBT a obtenção de receita com a venda de quaisquer bens e serviços (p. 5);

- a fiscalização *in loco* serviu de lastro para as conclusões dos documentos que se seguiram a ele, elemento suficiente para excluir a sua responsabilidade, sobretudo em razão de ter colaborado com a tomada de contas especial (p. 5);

- não é razoável a penalização diante das cautelas tomadas durante a fiscalização, sendo que foram acatadas as justificativas de outros responsáveis que realizaram o mesmo procedimento praticado pela recorrente na fiscalização (p. 6);

- não infringiu normas e não há a caracterização de conduta culposa ou dolosa (p. 6).

Análise

15.2 A recorrente emitiu o Relatório de Supervisão *in loco* 016/2009 sem fazer qualquer referência à cobrança de ingressos ou vendas de bens e serviços produzidos ou fornecidos no âmbito do Convênio Siafi 703165 (Micarana 2009), além de ter informado nesse relatório que “não houve venda de ingressos” e que “todas as atividades programadas eram gratuitas, o que colaborou para o envolvimento da população, principalmente aquela de baixa renda”, quando, na verdade, houve venda de abadás para participação em blocos e venda de camarotes ao longo do percurso”.

15.3 O exame da unidade técnica e do Relator *a quo* foi no seguinte sentido (peça 286, p. 46, e na peça 287, p. 9/10):

6.18.2.1. A responsável em sua defesa confirma que realizou a supervisão *in loco* do evento sem que tivesse sido capacitada para tal e que não detinha conhecimento acerca da logística de um carnaval fora de época, como é o caso da Micarana, que é realizado no município de Itabaiana/SE todos os anos.

6.18.2.2. Como já comentado alhures, indaga-se acerca do sentido de realização de uma supervisão *in loco* por alguém que desconhece as nuances de um evento desse tipo. A própria responsável em sua defesa afirmou não ter observado que as pessoas que acompanhavam os blocos estavam utilizando “abadá” (peça 263, p. 4-5).

6.18.2.3. Importante ressaltar que consta do Relatório de Supervisão *in loco* 016/2009 (peça 19, p. 16-22, do TC 014.040/2010-7 em apenso) a informação expressa de que não houve a venda de

ingressos e de que todas as atividades programadas eram gratuitas.

6.18.2.4. A alegação de que não dispunha de conhecimento técnico para realizar a supervisão in loco do evento, não exime a sua responsabilidade pelas informações contidas no relatório que subscreveu.

(...)

63. Entendo como a unidade técnica que as razões de justificativa apresentadas pela responsável não devem ser acolhidas. De fato, verifica-se que o relatório produzido pela Sra. Marisa da Silva Chaves contribuiu decisivamente para que os pareceres e notas técnicas posteriormente emitidas no âmbito do Ministério do Turismo não contivessem qualquer referência acerca da cobrança de ingressos ou da venda de bens ou serviços produzidos/fornecidos no convênio.

64. A propósito, não procedem os argumentos da responsável de que não foi capacitada para a realização da fiscalização ou que não detinha conhecimento técnico para tanto, pois ao assumir tal encargo estava ciente de suas responsabilidades. Ademais, não é crível a alegação de que por não ter vivência em eventos do tipo, até por sua idade, desconhecia o que era um “abadá” e que o mesmo era objeto de comercialização.

15.4. As alegações referentes às circunstâncias da fiscalização não são capazes de afastar a incauta conclusão da recorrente quanto à inexistência de venda de ingressos e à gratuidade de todas as atividades programadas.

15.5. Quanto à alegada informação trazida pela conveniente de que não obteve receita financeira com a venda de bens e serviços, nota-se que é de 10/7/2010 (peça 263, p. 8/10). Assim, tal informação, além de posterior à data da fiscalização (2009), não se coaduna com as provas destes autos, sendo incapaz de auxiliar esta defesa.

15.6. O relatório da supervisão *in loco* 016/2009 não permite a exclusão da responsabilidade da recorrente, ressaltando que contribuiu decisivamente para que os pareceres e notas técnicas posteriormente emitidos no âmbito do Ministério do Turismo não contivessem qualquer referência acerca da cobrança de ingressos ou da venda de bens ou serviços produzidos/fornecidos no convênio.

15.7. Também não é correta a afirmação de que o Tribunal acatou as justificativas de outros responsáveis, que realizaram fiscalização *in loco*. Os outros servidores foram igualmente penalizados pelo Tribunal, à exceção de um, que não omitiu a existência da comercialização de bens/serviços (itens 51 a 69 da peça 287, p.8/10).

15.8. Quanto à responsabilização subjetiva da recorrente, tem-se que o elemento anímico da conduta não é relevante para que se caracterize a irregularidade. Neste caso, além da existência da ação, do resultado danoso e do nexo de causalidade entre os dois últimos, exige-se apenas o elemento culpa (Acórdão 7.672/2010-TCU-Primeira Câmara). Todos esses elementos foram devidamente caracterizados no item 15.3 desta instrução.

15.9. Assim, não há como acolher as razões apresentadas.

16. **Legitimidade passiva**

16.1. Mário Augusto Lopes Moysés, secretário-executivo do MTur, sustenta que (peça 301):

- celebrou os termos de convênio (na forma do art. 84 do Regimento Interno do Ministério do Turismo) e a sua responsabilização é desarrazoada porque, partindo de uma análise técnica (aspectos formais e legais) dos setores competentes do Ministério do Turismo, concluiu-se pela absoluta compatibilidade temática dos eventos com o turismo, bem como alinhamento com o Plano Nacional do Turismo, de modo que não foram apontados quaisquer impedimentos à celebração das avenças (p. 5/8 e 12);

- as Portarias MTur 171/2008 e 153/2009 consideram os "carnavais fora de época" eventos

geradores de fluxo turístico, ou seja, qualificados para receber recursos do Ministério (p. 6);

- o Ministério Público junto ao TCU e o Ministro Raimundo Carreiro manifestaram-se pela legalidade dos convênios, sob o aspecto jurídico-formal, no sentido que não havia como o recorrente adotar postura diversa da assinatura dos ajustes (p. 8/9);

- as supostas irregularidades somente foram identificadas anos após a formalização das avenças, a partir de análise desta Corte de Contas (p. 9);

- os eventos, realizados por ajustes firmados com entidade civil sem fins lucrativos, promoveram a participação da população local, possibilitando o aumento de fluxo de turistas (fomento ao turismo nacional), bem como atenderam às determinações contidas nos itens 9.6.1 a 9.6.3 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário (p. 10/12);

- é incabível a argumentação de que os eventos produzidos pela ASBT possuíam natureza fechada, em razão da cobrança pelos abadás. Há que se considerar a participação diária de público não-pagante de mais de 300.000 pessoas e o incremento na economia regional (p. 12);

- as fiscalizações *in loco* dos eventos deixaram clara a ampla participação popular e a grandiosa dimensão dos chamados "carnavais fora de época", inclusive com a participação de pessoas de fora do Estado do Sergipe (p. 13/14);

- os atos pretéritos à aposição da assinatura do termo - que configura-se em mero ato de representação do Ministério - gozam de presunção de legitimidade e boa-fé. Eventual desaprovação de parecer técnico por parte do recorrente consistiria em verdadeira ingerência em esfera de decisão da qual o conhecimento técnico era pressuposto. O controle de autoridade hierarquicamente superior é meramente formal (p. 6/8);

- a ASBT obteve certificação de utilidade pública nos âmbitos estadual e municipal (Lei Estadual nº 3.693/1995 - revalidada pela Lei nº 6.556/2008 - e Lei Municipal nº 2.503/1997), o que denota que os ajustes foram firmados no âmbito da mais pura boa-fé e em prol de interesse público (p. 14);

- a cobrança de ingressos não passou despercebida pelo recorrente, uma vez que adotou todas as cautelas possíveis ao inserir nos instrumentos de convênio cláusulas que expressamente determinavam a utilização de verbas obtidas pela venda de ingressos ou similares para a consecução do objeto ou sua reversão ao Tesouro Nacional, em estrita observância ao quanto disposto no item 9.5.2 do Acórdão 96/2008 - TCU - Plenário. Destaca-se que competia à Coordenadoria Geral de Análise de Projetos a fiscalização do contrato (p. 15)

- não constam dos autos quaisquer elementos que objetivamente demonstrem atuação culposa ou dolosa do recorrente capazes de lhe gerar responsabilização, não podendo ser sancionado apenas por ser gestor público (p. 16/17).

Análise

16.2. O recorrente foi multado pelo Tribunal em razão da concessão de recursos federais, mediante convênios, à Associação Sergipana de Blocos de Trio – ASBT, para carnavais fora de época, cujos interesses foram fundamentalmente privados, contrariando o item 9.6.2 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário:

9.6. determinar ao Ministério do Turismo que, quando da análise de propostas de celebração de convênios ou contratos de repasse com entidades de natureza pública ou privada, verifique:

(...)

9.6.2. se o objeto do convênio destina-se ao cumprimento do interesse público, evitando participar de ajustes em que o interesse seja fundamentalmente privado, sob pena de caracterizar subvenção social a entidade privada, que é vedada pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pelo caput do art. 16

da Lei nº 4.320/1964

16.3. Não há como acolher a alegação de que celebrou os convênios, observando a legislação pertinente, com base na análise técnica (aspectos formais e legais) dos setores competentes do Ministério do Turismo e que não havia como adotar postura diversa da assinatura dos ajustes. Isto porque não houve qualquer atitude no sentido de fazer valer o comando do Tribunal, acima citado, de modo a descaracterizar a irregularidade apontada.

16.4 A jurisprudência desta Corte de Contas é firme em entender que o parecer jurídico/técnico não vincula a decisão do gestor, que tem o dever de examinar a pertinência, não lhe eximindo da responsabilidade pela prática de atos irregulares, como foi o caso (v.g. Acórdãos 2.693/2008 e 1.984/2014 e 2.218/2013, todos do Plenário).

16.5 A existência de plano de trabalho aprovado e de pareceres técnicos/jurídicos favoráveis à celebração do convênio não eximem o gestor da responsabilidade de proceder a verificações de conformidade e legalidade, ainda mais quando há expressa e específica determinação deste Tribunal. Cabe ao gestor, em última instância, tanto decidir sobre a conveniência e oportunidade de efetivar o procedimento administrativo, quanto atuar como o fiscal dos atos dos seus subordinados.

16.6. Os pareceres emitidos por instâncias inferiores não eximem o gestor da obrigação de corrigir eventuais distorções neles verificadas. A assinatura do convênio não é ato meramente formal. Assim, a responsabilidade subjetiva do recorrente restou caracterizada com a ação culposa (assinatura dos ajustes), resultado danoso (débito) e o nexo de causalidade entre eles.

16.7 Quanto à alegação da finalidade pública dos eventos, com grande participação popular, entende-se que tal questão já foi examinada no 12.14 desta instrução (item 5.1.2.1 do Relatório e no parecer do Ministério Público/TCU, peça 277, p. 1/2 e peça 286, p. 21/22).

16.8 A certificação de utilidade pública da ASBT, no âmbito estadual e municipal, não é capaz de elidir a irregularidade examinada.

16.9 Observa-se, também, que o responsável não adotou todas as cautelas possíveis com vistas a assegurar, a teor do subitem 9.5.1.2 do Acórdão 96/2008 – Plenário, que os valores arrecadados com a venda de camarotes ou camisetas fossem revertidos à execução do convênio ou recursos aos recolhidos à conta do Tesouro Nacional, optando por responsabilizar instância subordinada, Coordenadoria Geral de Análise de Projetos.

16.10. Do exposto, não se acolhe as razões apresentadas.

17. **Legitimidade passiva**

17.1 Classe A Produções e Eventos Ltda -ME sustenta que (peça 380):

- sua atuação limitou-se à intermediação da contratação de algumas bandas para o evento MICARANA 2009, cujos blocos não se vendeu ingressos/abadás, consoante se observa no item 2.13.1, do relatório realizado pela SECEX-SE (p. 3);

- possuía exclusividade para intermediação empresarial para a data contratada (p.4);

- no que tange à intermediação empresarial (prática usual do mercado), consta do contrato dos artistas a porcentagem relativa à taxa de agenciamento para cada data, época ou evento determinado, que incide sobre todo e qualquer recebimento de cachê, desde que respeitado seu direito personalíssimo, consagrado na legislação vigente (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII da Constituição Federal c/c o art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93) (p.4/5);

- o TCU reconhece a legitimidade de eventual pagamento de intermediação empresarial, conforme itens 9.3.2 e 9.6 do Acórdão 2.163/2011-TCU-2ª Câmara (p. 5/6);

- não tem o poder legal/contratual de determinar o custo da intermediação de um

artista/banda (p. 6);

- não subscreveu o convênio firmado entre a ASBT e o Ministério do Turismo, assim, não pode ser responsabilizada por irregularidade praticada pela ASBT, materializada na arrecadação de recursos obtidos com venda de bens e serviços sem o devido repasse para o Tesouro Nacional (p. 6);

- não há como responsabilizar a recorrente, pessoa jurídica de direito privado, que firmou contrato com outra pessoa jurídica de direito privado - ASBT (p. 6);

- o contrato firmado pela recorrente foi cumprido (p.6).

Análise

17.2. O acórdão condenou a recorrente solidariamente com a ASBT e seu dirigente para o recolhimento do débito e pagamento de multa, em razão da ausência de prova da regular aplicação dos recursos públicos.

17.3. Observa-se que a intermediação empresarial, alegada pela recorrente, não está prevista no plano de trabalho do referido convênio (peça 16, p. 19/25, do TC 014.040/2010-7), assim como a mesma não possui exclusividade na representação empresarial das bandas, como determina o item 9.5.1.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário.

17.4. As demais alegações, referentes à intermediação empresarial, já foram apreciadas nos itens 12.6 a 12.13 desta instrução.

17.5 Assim, não há como acolher as razões apresentadas.

18. **Legitimidade passiva**

18.1. Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda., WD Produções e Eventos, Valéria Patrícia Pinheiro de Oliveira Azevedo (V& M Produções e Eventos) I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda., RDM Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda., Planeta Empreendimentos e Serviços Ltda., José Augusto Celestino Oliveira, e Maria Virgínia Bispo da Silva sustentam que (peça 436):

- os convênios foram celebrados entre a Administração Pública e a ASBT, beneficiária dos recursos, que tem a obrigação de prestar contas ao órgão repassador. As recorrentes não participaram dessa relação e, portanto, não podem ser responsabilizadas em solidariedade com os agentes públicos, consoante com o art. 16, §§ 1º e 2º, da Lei Orgânica c/c os §§ 5º, 6º e 7º do art. 209 do RI/TCU, Súmula TCU 187 e art. 25, §2º, da Lei 8.666/1993 (p. 2/3);

- o pagamento de cachês a bandas/artistas se deu por meio de documentos fiscais idôneos, nos termos da legislação aplicável e da sistemática prevista para este tipo de contratação (p. 4);

- a contratação de bandas/artistas com empresas intermediárias é prática usual do mercado e o fato de não haver previsão na Portaria MTur 153/2009 não a torna irregular (p. 4);

- não tem o poder legal/contratual de determinar o custo da intermediação de um artista/banda (p. 4);

- não há provas de que as recorrentes tenham executado serviços com pessoas que não representam, sendo descabida a imputação de débito (p. 4);

- José Augusto Celestino Oliveira e Maria Virgínia Bipo da Silva jamais praticaram infração à lei de licitações (p. 4);

- todas as cautelas foram tomadas, tanto que várias prestações de contas foram aprovadas, servindo a ASBT de referência dentro do órgão repassador (p. 4).

Análise

18.2. A responsabilização das recorrentes decorre do entendimento proferido no Acórdão

2.763/2011-TCU-Plenário (vide item 11.4 desta instrução). As recorrentes foram condenadas solidariamente com a ASBT (caracterizada como gestora pública), nos termos dos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea "c" e §2º, da Lei nº 8.443/1992.

18.3. A questão do pagamento de cachês a bandas/artistas foi examinada no item 12.6 a 12.13 desta instrução. Não se questiona a veracidade da documentação apresentada pelas diversas empresas junto à ASBT, mas sim o fato de que os valores informados nas notas fiscais constantes das prestações de contas não correspondiam aos valores de cachê cobrados e recebidos pelos artistas/bandas, contratados no âmbito dos convênios firmados com o MTur.

18.4. Assim, rejeita-se as alegações apresentadas.

19. Competência do TCU

19.1. A ASBT e Lourival Mendes de Oliveira Neto sustentam que a abrangência da fiscalização, exercida pelo TCU, sobre os convênios, alcança apenas os Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 71, inciso VI da Constituição Federal e os arts. 5º, incisos VI, VII e 41, inciso IV, da Lei 8.443/1992) (peça 289, p. 18).

Análise

19.2. Em que pese o art. 71, inciso VI, atribua competência ao Tribunal para “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”, isto não significa que o ajustes realizados diretamente por órgãos da própria União estejam fora da jurisdição desta Corte, como se depreende do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 1º, da Lei 8.443/1992:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

19.3. O Supremo Tribunal Federal também entende que o TCU tem poder fiscalizatório sobre as entidades privadas que recebem recursos públicos (vide item 11.8 desta instrução). Nesses termos, não há como acolher a presente alegação.

CONCLUSÃO

20. Não há supressão ao direito de defesa ou violação aos princípios da legalidade e do devido processo legal, em razão da ausência de comunicação da rejeição de alegações de defesa, antes da prolação do acórdão condenatório, quando não reconhecida a boa-fé do responsável ou houver outras irregularidades que maculem as contas.

21. O compromisso convencional a que voluntariamente e em próprio nome se sujeita a pessoa jurídica de direito privado, ao celebrar avença com o poder público federal com vistas à realização de uma finalidade pública, faz daquela entidade privada uma gestora pública, e sobre a entidade privada

passa a recair a obrigação pessoal de prestar contas ao poder público e a presunção iuris tantum de ter dado causa a dano ao erário eventualmente ocorrido na execução da avença.

22. O dano ao erário restou demonstrado por meio de (a) o uso de recursos públicos para o pagamento de despesas de entidades privadas com shows não abertos ao público, eventos em que se arrecadou recursos com a venda de bens e serviços, sem a comprovação de que a receita foi revertida para consecução do objeto conveniado ou recolhida ao Tesouro Nacional; e (b) a não comprovação da regular aplicação de recursos públicos, a título de pagamento de cachês a bandas/artistas que se apresentaram em eventos, objetos de convênio com o MTur.

23. Todos os recorrentes são legitimados passivos, uma vez caracterizada a responsabilidade subjetiva nestes autos.

24. O TCU é competência para atuar nesta TCE, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 1º, da Lei 8.443/1992.

OBSERVAÇÃO

24. Paulo Pires de Campos informou seu domicílio situado à SQN 104, bloco D, apto. 407 - Asa Norte, Brasília - DF, CEP 70733-040 (peça 290, p. 2).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

25. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a análise dos recursos de reconsideração apresentados por Associação Sergipana de Blocos de Trio, Lourival Mendes de Oliveira Neto, Paulo Pires de Campos, Mario Augusto Lopes Moysés, Marisa da Silva Chaves, Classe A Produções e Eventos Ltda. - ME, I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda., José Augusto Celestino Oliveira, Maria Virgínia Bispo da Silva, Planeta Empreendimentos e Serviços Ltda., RDM Art Silk Signs Comunicação Visual Ltda., Sergipe Show Propaganda e Produções Artísticas Ltda., Valéria Patrícia Pinheiro de Oliveira Azevedo - V&M Produções e Eventos e WD Produções e Eventos contra o Acórdão 1254/2014-TCU-2ª Câmara, propondo-se:

- a) conhecer dos recursos de reconsideração e, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) dar ciência às partes, à Procuradoria da República no Estado de Sergipe, aos órgãos/entidades interessados, bem como aos demais cientificados do acórdão recorrido.

Secretaria de Recursos/4ª Diretoria, em 17 de abril de 2015.

(assinado eletronicamente)

Marcelo T. Karimata
AUFC – Mat. 6532-3