

Apelação Cível n. 0017390-25.2012.8.24.0064
Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA PELO MPSC. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE SHOW ARTÍSTICO. COMEMORAÇÃO DA ABERTURA DOS JOGOS DA AMIZADE E DIA DO TRABALHADOR. ARTISTA CONSAGRADO PELA OPINIÃO PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE QUE A DECLARAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE COM O CANTOR NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 25, III, DA LEI 8.666/93, CONSTITUINDO "MERA RESERVA DO DIA". TESE IMPROFÍCUA. PERSECUÇÃO EM SEDE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE DEVE RESPEITAR OS PARÂMETROS DE RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO OU DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AFIRMAÇÃO DE QUE O EVENTO FOI RESTRITO AOS SERVIDORES. TESE DESCONSTITUÍDA DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. SHOW REALIZADO PARA A POPULAÇÃO EM GERAL. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE TENHA SIDO REALIZADO COM FINALIDADE ELEITOREIRA. RECURSO DESPROVIDO.

O ato ímprobo, mais do que um ato ilegal, é um ato de desonestidade do servidor ou agente público para com Administração, e, portanto, não prescinde de dolo ou culpa grave, evidenciadora de má-fé, para que se possa configurar. Assim, a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. O ato de improbidade é um ato ilegal, mas nem todos os atos ilegais são atos de improbidade. A ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor. (STJ, rel. Min. Assusete Magalhães).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0017390-25.2012.8.24.0064, da comarca de São José Vara da Fazenda Pública em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado Djalma Vando Berger e outros.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por meio eletrônico, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 17 de novembro de 2020, foi presidido pelo Desembargador Luiz Fernando Boller, com voto, e dele participou o Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Desembargador Pedro Manoel Abreu
Relator

RELATÓRIO

Por revelar com transparência a controvérsia de que trata a presente demanda, adoto o relatório da sentença:

Ministério Público do Estado de Santa Catarina propôs "Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa" contra Djalma Vando Berger, Luciano Nilzo Heck, Willian Ramos Moreira e Valdoni Adilson Schelemper, aduzindo, em síntese, que: (i) no dia 23/05/2012, o então Prefeito do Município de São José (Djalma Vando Berger) e o Superintendente da Fundação Municipal de Esporte e Lazer (Luciano Nilzo Heck), por meio do Processo Administrativo nº 139/12, instauraram procedimento de dispensa de licitação, restando contratada a empresa Premiart Distribuição de Materiais de Escritório e Esportivo LTDA - Me (Valdoni Adilson Schelemper); (ii) o objeto do contrato firmado tratava da apresentação do cantor Alexandre Pires, em 30/04/2012, no Centro Multiuso de São José, em comemoração à abertura dos Jogos da Amizade dos Servidores do município, importando em uma despesa de R\$ 389.000,00; (iii) o evento restringiu-se, exclusivamente, aos servidores e acompanhantes, tendo sido os ingressos distribuídos de forma gratuita, mediante apresentação de identidade ou crachá funcional.

Apresentou fundamentos e, ao fim, requereu a total procedência dos pedidos formulados para condenar os réus em improbidade administrativa, bem como a devolução dos valores oriundos do evento e danos morais coletivos. Juntou documentos (fls. 20/92).

Notificado (fl. 99), William ofereceu defesa preliminar (fls. 112/138), arguindo, como prejudicial, a inépcia da inicial, no mérito aduziu a ausência de prova de dolo, culpa grave ou má-fe, e estrito cumprimento do dever legal. Juntou documentos (fls. 139/350).

Notificado (fl. 99), Djalma apresentou defesa preliminar (fls. 352/362), aduzindo, preambularmente, ser inaplicável a lei de improbidade administrativa, uma vez que para os casos que versem contra o prefeito deve ser utilizado fundamento no Decreto-Lei nº 201/67, além de ser absolutamente incompetente o foro, pois cabe ao Tribunal de Justiça a competência originária para julgar as demandas que versem contra o chefe do executivo municipal, bem como sua ilegitimidade passiva, no mérito, alegou a legalidade do procedimento adotado, e inexistência de demonstração de irregularidade na dispensa de licitação.

Notificado (fl. 109), Valdoni apresentou manifestação preliminar, aduzindo, inicialmente, a sua ilegitimidade passiva, no mérito, que não participou de qualquer irregularidade. Juntou procuração (fl. 371).

Notificado (fl. 98), Luciano apresentou defesa preambular (fls. 372/382), arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva, no mérito, aduziu a regularidade do procedimento, em geral, bem como a impossibilidade de condenação em danos morais coletivos.

Afastadas as preliminares (fls. 386/388), foi determinada a citação dos réus, bem como do Município de São José.

Houve agravo de instrumento de Willian (fls. 402/436), que teve seu pedido liminar indeferido (fls. 440/444).

Agravou por instrumento, também, Djalma (fls. 448/464), com liminar indeferida (fls. 479/481).

Citado (fl. 438), Djalma apresentou contestação aduzindo, preambularmente, ser inaplicável a lei de improbidade administrativa, uma vez que para os casos que versem contra o prefeito deve ser utilizado fundamento no Decreto-Lei nº 201/67, além de ser absolutamente incompetente o foro, pois cabe ao Tribunal de Justiça a competência originária para julgar as demandas que versem contra o chefe do executivo municipal, bem como sua ilegitimidade passiva, no mérito, alegou a legalidade do procedimento adotado, e inexistência de demonstração de irregularidade na dispensa de licitação.

A Ordem dos Advogados do Brasil, seção Santa Catarina - OAB/SC veio aos autos para intervir como assistente (fls. 484/486), e teve seu pedido indeferido (fls. 637/639).

William, citado à fl. 398, apresentou contestação (fls. 501/531), arguindo, como preliminar, a inépcia da inicial e a ilegitimidade passiva, no mérito aduziu a ausência de prova de dolo, culpa grave ou má-fe, e estrito cumprimento do dever legal. Juntou documentos (fls. 532/575).

Devidamente citado (fl. 395), Luciano apresentou defesa, em forma de contestação (fls. 576/587), arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva, no mérito, aduziu a regularidade do procedimento, em geral, bem como a impossibilidade de condenação em danos morais coletivos.

O Município de São José, manifestou-se, requerendo, em caso de procedência dos pedidos exordiais, que os valores ressarcidos sejam revertidos aos cofres públicos (fls. 598/603).

Sobreveio decisão do Agravo de Instrumento interposto por Djalma (fls. 642/661), negando-lhe provimento.

A OAB/SC agravou (fls. 702/722), e teve seu pedido liminar deferido (fls. 697/700), tendo sido determinada sua inclusão como assistente na demanda, o que foi realizado à fl. 723.

Citado (fl. 492), Valdori não apresentou defesa.

Acordam sobre o Agravo de Instrumento interposto por Willian declarou sua ilegitimidade passiva para compor da lide (fls. 736-A/746).

Luciano e Djalma juntaram documentos (fls. 754/830 e 843/1024).

Afastadas as preliminares, declarada a revelia de Valdoni Adilson Schlemper e designada audiência de instrução e julgamento (fls. 1.031/1.033).

Realizada audiência (fl. 1.054), foram ouvidas quatro testemunhas dos réus.

Alegações finais do Ministério Público (fls. 1.056/1.064), de Djalma (fls. 1.084/1.109) e de Luciano (fls. 1.110/1.112).

Sobreveio decisão do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina TCE - condenando os réus à devolução dos valores gastos (fls. 1.114/1.152).

Manifestaram-se os réus sobre a decisão (fls. 1.160/1.171, 1.175/1.179 e 1.182/1.188).

Vieram os autos conclusos.

É o relato.

DECIDO.

E a ele acrescento que o eminente magistrado, Dr. Otávio José

Minatto, julgou improcedentes os pedidos vindicados na exordial, põe entender que o *Parquet* não logrou êxito em demonstrar a ocorrência dos atos alegadamente ímprobos, bem como outras irregularidade de qualquer natureza.

Inconformado com o teor do provimento jurisdicional, o Ministério Público interpôs recurso de apelação. Para tanto, asseverou ter demonstrado a contento a ocorrência de atos de improbidade em face da contratação de show artístico por inexigibilidade de licitação em contrariedade aos dispositivos legais. Disse que houve superfaturamento do objeto, mediante acordo prévio entabulado entre gestores públicos e o empresário com absoluta má-fé, causando, por consequência, prejuízos ao erário. Apontou que o show fora realizado unicamente para os servidores públicos do Município de São José, seus convidados e pessoas ligadas à Administração do Município, com finalidade eleitoreira. Ao final, pugnou pela reforma da sentença e a consequente condenação dos requeridos às reprimendas descritas na inicial.

As contrarrazões, apresentadas às fls. 1287/1312 e 1318/1325, pugnaram pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Alexandre Herculano Abreu, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

Sem delongas, nega-se provimento ao recurso.

O Ministério Público de Santa Catarina ajuizou ação civil pública por ato de improbidade contra os requeridos aduzindo que as provas e fatos do Procedimento Preparatório n. 06.2012.00002938-8, indicam que a inexigibilidade de licitação para a contratação e pagamento do show do cantor Alexandre Pires para a abertura dos Jogos da Amizade e dia do Trabalhador que se realizou no dia 30.4.2012, ocorreu de modo fraudulento, uma vez que a carta de exclusividade do artista apenas se constituía como "reserva do dia", simulando o cumprimento do requisito exigido no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993. Assim, aponta em suas razões recursais, a ciência dos demandados, no momento da contratação com a empresa Premiart Distribuidora de Material de Escritório e Esportivo Ltda, e intermediada por Valdoni Adilson Schlemper. Alegou, ainda, que o evento foi realizado para público determinado e utilizado de forma eleitoreira pelo prefeito.

O decorrer da instrução da instrução processual deixou claro que o evento foi aberto ao público em geral, e não restrito, como asseverou o Ministério Público. Conforme os depoimentos firmes e uníssonos colhidos em audiência de instrução e julgamento (arquivo digital - fl. 1.054) e pelos documentos de fls. 843/1.014, restou evidente que o evento foi disponibilizado para todos os munícipes que tivessem interesse em comparecer. Não restou comprovada também, a assertiva de que o show seria uma forma de promoção eleitoral para o então Prefeito Municipal.

Assim, a controvérsia gira em torno da carta de exclusividade apresentada, se tendente a atender (ou não) os requisitos do art. 25, III, da Lei 8666/93, que rendeu ensejo à inexigibilidade da licitação, gerando aos cofres públicos o gasto de R\$ 389.000,00. O dolo apontado pelo apelante limita-se à alegação de ciência do fato fraudulento pelos demandados.

Pois bem.

Segundo doutrina Hélio do Valle Pereira, "a improbidade administrativa tem realmente definição legal muito ampla. Está associada intuitivamente a atos de repugnante desonestidade, que impliquem enriquecimento ilícito de agente público ou mesmo de terceiro (art. 9º da Lei 8.429/92), mas também se estende às hipóteses de apenas prejuízo à Administração (art. 10). Do mesmo modo, só que mediante menor penalização, até ofensas a valores jurídicos, ainda que sem potencial econômico, merecem o enquadramento áspero na Lei de Improbidade (art. 11). Como contraponto, exige-se, como já mencionado, a conduta conscientemente voltada para a ilicitude, ou ao menos um comportamento culposos (na hipótese do art. 10) (TJSC. Apelação Cível n. 0002919-65.2011.8.24.0055, de Rio Negrinho, j. em 20.10.2020).

A Lei n. 8.429/92 elenca várias condutas que ferem a probidade administrativa: aquelas que importam em enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário, e as que atentam contra os princípios da administração pública.

O eminente Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp. 480.387/SP, enfatiza que, no caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete, induzindo-o a acoimar de improbas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto que ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa (DJE 24.5.2004).

Já o artigo 10, inciso XIII, da Lei de Improbidade Administrativa define a irregular dispensa de licitação como ato que causa prejuízo aos cofres públicos, *in verbis*:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente.

Não se pode perder de vista, porém, que o *caput* do dispositivo dá a

exata dimensão das condutas descritas em seus incisos. Ou seja, não é a simples dispensa de licitação que importará em improbidade administrativa, senão aquela que ensejar "perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres" das entidades públicas.

Nesse sentido, não é possível afirmar que a conduta dos demandados na presente Ação Civil Pública se enquadra nas hipóteses legais, como será analisado a seguir.

Não se desconhece que a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de considerar que a dispensa de licitação caracteriza *dano in re ipsa*, daí porque eventual dispensa, sim, poderia ter caracterizado prejuízo ao erário. Todavia, na hipótese dos autos, tenho por certo que a singularidade e o renome dos artistas permite concluir que a licitação era dispensável. Assim, diversamente do que disse a sentença, pode até ter havido ilegalidade, mas não improbidade

No que toca à carta de exclusividade, é sabido que dentre os requisitos da inexigibilidade de licitar, está a singularidade do(s) artista(s). O trabalho desenvolvido é de tamanha admiração e aceitação pelo público, que a abertura do procedimento licitatório direcionado para determinada festividade e localidade, se torna impossível, uma vez que a especificidade do(s) artista(s) o torna quase como absoluto, em outras palavras, não é possível sua substituição. Assim, a lei nesses casos admite a contratação com a dispensa da licitação, no entanto, ela somente deve ocorrer diretamente com o artista ou ainda através de seu empresário exclusivo.

No caso em análise, o *Parquet* aduz que o termo "exclusivo" expresso na legislação não permite a variação ou ainda a pluralidade de empresários ditos como exclusivos e que por tais razões há ocorrência da dispensa indevida da licitação.

No entanto, é possível observar que o referido artista consagrado pela opinião pública, demonstra que a empresa Premiart detinha a exclusividade para contratar perante o poder público municipal, referente ao evento

mentionado, conforme documentos devidamente registrados em cartório, com a assinatura dos outorgantes e com apoio no parecer da Assessoria Jurídica do Município (fl. 40, 68/73).

O evento que comemorou a abertura dos Jogos da Amizade dos Servidores de São José e o dia do Trabalho, e originou a ação por ato de improbidade, contratou a apresentação do show do cantor Alexandre Pires. Dentro do valor contratado entre a empresa e o Município, estavam incluídos: a) cachê do cantor Alexandre Pires, b) contratação de 60 seguranças para o evento, c) contratação de 10 carregadores para montagem e desmontagem da estrutura do show, d) locação de banheiros químicos (20 unidades) sonorização completa e 2 geradores, e) passagens aéreas diversas, f) transporte terrestre, g) hospedagem do cantor e equipe, h) camarim e decoração, tudo conforme proposta de fl. 48, v1).

Vale dizer que artistas que possuem determinado reconhecimento no mercado, estabelecem em cada Estado ou Região contratos com produtoras locais para facilitar e agilizar a contratação de novos shows, tendo em vista que vivemos em um país com dimensões continentais.

Entendo que seria praticamente impossível uma banda ou artista que faz diversos shows em meses festivos (às vezes até mais de um show por dia) depender de apenas um empresário exclusivo para fechar todos os seus contratos em todas as localidades, inclusive nos distantes municípios do interior de cada Estado.

Daí, surge, a meu sentir, a possibilidade de formalização de contratos Representação, com cláusula de exclusividade, como se observou no caso em discussão. As empresas, em tais cenários, receberam dos artistas ou dos seu empresários exclusivos a Representação e as devidas autorizações para a contratação, algo comum no meio artístico.

Estão encartados aos autos documentos de exclusividade denominados declarações de exclusividade, firmadas pelos artistas diretamente

ou por representantes, além da documentação relativa ao cumprimento das determinações contidas nos artigos 28 a 30 da Lei no 8.666/93, evidenciando o cumprimento das formalidades legais pertinentes.

Demais disso, não se constatou nos autos a presença de indícios suficientes a demonstrar o elemento subjetivo dos agentes, especialmente porque não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. Dos autos, extrai-se que o show foi um sucesso de público, com a participação de mais de dez mil expectadores.

Assim, não se traduz razoável e nem tampouco proporcional na interpretação da lei que o fato da contratação se dar por empresário que detém a exclusividade para determinado evento, possa infringir diretamente a lei. Até porque no conjunto de elementos trazidos pelo Ministério Público não há qualquer indício de dano ao erário, superfaturamento de preço pela dispensa da licitação, ao contrário, pois o que se visualiza nos autos é que a empresa contratada não estava impedida de transacionar com o Poder Público (fl. 60, v1), houve previsão de dotação orçamentária e nota de empenho (fls. 14/20, v1), previsão expressa do objeto e de todas as despesas inclusas nos serviços contratados (fl. 48), instrumento contratual realizado (fls. 80/83), bem como a ordem bancária (fl. 84, v1). Desse modo, não há falar na dispensa indevida do procedimento licitatório.

A propósito, acerca do assunto em matéria semelhante essa Corte já se posicionou:

REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - POSSIBILIDADE - ARTISTAS DE RENOME NACIONAL - OUTORGA DE CARTA DE EXCLUSIVIDADE - CONJUNTO PROBATÓRIO INAPTO A COMPROVAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS RÉUS NEM TAMPOUCO O PREJUÍZO AO ERÁRIO (ARTS. 9º E 10 DA LIA) - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LIA) - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO - PRECEDENTES DO STJ - SENTENÇA MANTIDA - REMESSA IMPROVIDA. - "1. O comando normativo do art. 2, III, da Lei 8.666/93, cuja inviabilidade de competição não se esgota nas hipóteses dos incisos elencados, impõe

contratação de artista por meio de empresário exclusivo. Contudo, conforme bem assinalou o aresto impugnado, essa inviabilidade não depende necessariamente da pré-existência de um contrato de exclusividade, podendo ocorrer de outras formas. (...)" (AgRg no Ag 1353772 / PE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16.12.2010) - O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, "A despeito de não haver necessidade de comprovação de prejuízo ao erário, as condutas descritas no artigo 11 da LIA dependem da presença do elemento subjetivo na modalidade dolosa." (EREsp 875.163/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 30.06.10) (Reexame Necessário n. 2011.042798-7, de Chapecó, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Primeira Câmara de Direito Público, j. 2-8-2011).

Ainda, sobre a jurisprudência alhures, destaca-se:

Não vislumbro, no contexto, a existência do alegado "favorecimento" por parte do réu(...).

Como visto, a "carta de exclusividade" foi de fato outorgada a cada um dos contratados, pelas empresas legalmente responsáveis pela representação de cada artista. Verifica-se que referidos artistas trabalham com empresários que detêm exclusividade regional.

Em princípio nada estranho, porquanto o ordenamento jurídico pátrio assegura a liberdade de contratar (art. 421, CC/2002).

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A Lei nº 8.666/93, no artigo 17, incisos I e II, e no artigo 24, prevê os casos de dispensa; no artigo 25, os de inexigibilidade. A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável. [...]

Quanto à inexigibilidade, o artigo 25 indica três hipóteses em que há inviabilidade de competição [...] 3. A contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (inciso III); a hipótese é semelhante à do inciso anterior: o que se objetiva é a prestação de serviço artístico, que pode tornar-se insuscetível de competição, quando contratado com profissional já consagrado, que imprima singularidade ao objeto do contrato.

Bem analisado o caso concreto, entendo que de fato encontravam-se presentes os requisitos para a inexigibilidade da licitação.

A impossibilidade de competição decorria tanto da existência de cartas de exclusividade, e também porque se tratava de artistas de fato consagrados pela crítica especializada e pela opinião pública.

Da minha relatoria, em caso análogo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SHOW ARTÍSTICO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE AS DECLARAÇÕES DE EXCLUSIVIDADE COM OS

ARTISTAS NÃO PREENCHEM OS REQUISITOS DO ART. 25, III, DA LEI 8.666/93, CONSTITUINDO "MERA RESERVA DO DIA". TESE IMPROFÍCUA. PERSECUÇÃO EM SEDE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE DEVE RESPEITAR OS PARÂMETROS DE RAZOABILIDADE. ARTISTAS CONSAGRADOS PELA OPINIÃO PÚBLICA. ORÇAMENTO JUNTADO AOS AUTOS LIGADO DIRETAMENTE À CONTRATAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0900169-86.2018.8.24.0001, de Abelardo Luz, rel. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. 14-07-2020).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, AUTOR DA AÇÃO, CONTRA SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS. ALEGADA FRAUDE À LICITAÇÃO QUANDO DA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS PARA FESTA MUNICIPAL. ALEGAÇÃO DE QUE A CARTA DE EXCLUSIVIDADE FIRMADA ENTRE A EMPRESA CONTRATADA E OS ARTISTAS NÃO É APTA A LHE GARANTIR A CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIO EXCLUSIVO PREVISTA PELO ART. 25 DA LEI 8.666/93. EMPRESA QUE SUPOSTAMENTE SÓ TERIA ATUADO COMO INTERMEDIÁRIA ENTRE O PODER PÚBLICO E OS EMPRESÁRIOS DE CADA ARTISTA. AVENTADA NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE OS ARTISTAS ESCOLHIDOS SERIAM CONSAGRADOS PELA OPINIÃO PÚBLICA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. OCORRÊNCIA DE MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA. CONTRATAÇÃO DAS BANDAS ADEQUADA À DISCRICIONARIEDADE DO PREFEITO MUNICIPAL, ADEQUADA AO ATENDIMENTO DA OPINIÃO PÚBLICA. ALEGADA NECESSIDADE DE PESQUISA PARA AFERIMENTO DA OPINIÃO DOS MUNICÍPIES QUE INVIABILIZARIA A OCORRÊNCIA DA FESTA. NÃO COMPROVADA OCORRÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU DE LESÃO AO ERÁRIO. PARECERES DE ADVOGADO QUE CORROBORAM A REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0003214-67.2007.8.24.0015, de Canoinhas, rel. Des. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 14-06-2018).

Logo, não há evidências de que os agentes públicos e a empresa contratada, pretendiam, de qualquer forma, beneficiar a si ou a terceiros, ou mesmo gerar qualquer prejuízo à Administração. Acerca do tema, colhe-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Min. Sérgio Kukina, proferido no AgInt no AREsp 160186:

No caso concreto, à luz do conjunto fático-probatório dos autos, o Tribunal de origem firmou a compreensão no sentido de que a contratação dos artistas se deu, sim, por intermédio de empresários exclusivos. Confira-se o seguinte trecho do voto condutor do acórdão dos embargos infringentes, *in verbis* (fl.

594):

"O fato inquinado de ímprobo diz respeito à contratação de artistas para a festa de comemoração da padroeira do Município de Carmo, no Estado do Rio de Janeiro.

As contratações dos grupos musicais Netinho de Paula e sua Banda, 14 Bis, Cantores de Deus, Grupo Star Band, Forró Melexo e Zé Rezende & Filipe para se apresentarem na tradicional festa da cidade foram realizadas diretamente e por intermédio de empresários exclusivos (fls.88/92, 97/100, 108 e 113), com apoio nos pareceres da Assessoria Jurídica do Município (fls. 87, 96, 104, 112, e 119) e apresentação das autorizações e termos de exclusividade (fls. 125, 126, 127, 128, 129 e 130), consoante previsto no artigo 25, III, da Lei nº 8.666/93.

Desde logo, há de se afirmar que não se evidenciou qualquer propósito de burlar uma concorrência pública, de forma a configurar a improbidade administrativa prevista no artigo 10, VIII, da Lei nº 8.429/92, porquanto, diversamente do que sustenta o Embargante, o ato praticado pelo Administrador, ora Embargado, não comprometeu a moralidade administrativa e, tampouco, causou dano ao erário municipal, não se enquadrando no raio de abrangência do referido dispositivo legal.

Como salientou, o voto condutor do acórdão embargado, a hipótese não é de dispensa de licitação, mas, sim, de sua inexigibilidade.

Ora, a contrafação de artistas não pode ser nivelada a uma mercadoria, posto que comporta não só uma valoração subjetiva, mas também cultural, levando-se em conta o lugar e os seus habitantes."

Tendo em vista referida premissa fática, inviável de ser reexaminada em sede de recurso especial, por força do óbice a que se refere a Súmula 7/STJ, conclui-se que, realmente, a hipótese dos autos versa acerca de inexigibilidade de licitação, na forma prevista no art. 25, III, da Lei 8.666/1993.

Nesse diapasão, como asseverado pelo Tribunal de origem, não há que se falar em procedimento licitatório para a contratação de artistas, de modo que o acórdão rescindendo efetivamente violou o citado dispositivo legal, pois se estabeleceu a exigência de licitação quando esta era, por força de lei, inexigível.

Por via de consequência, tratando-se de hipótese de inexigibilidade de licitação e, ainda, tendo em vista que, como também consignado no acórdão recorrido, "os valores módicos das contratações foram corretamente pagos aos artistas, sem evidência de qualquer dano indevido ao erário municipal" (fl. 389), não há que se falar em improbidade administrativa.

Vale consignar que, como mencionado, a persecução operada em sede de improbidade administrativa deve ser realizada dentro dos padrões de razoabilidade. É imperioso punir o ímprobo, todavia, é irrecusável reconhecer a ausência de improbidade quando não se tiver por configurada. Não se admite vulgarizar o controle de probidade dos atos da administração, sob o argumento de que toda ilegalidade configura necessariamente conduta definida na LIA.

Assim já se posicionou a Corte Superior :

O ato ímprobo, mais do que um ato ilegal, é um ato de desonestidade do servidor ou agente público para com Administração, e, portanto, não prescinde de dolo ou culpa grave, evidenciadora de má-fé, para que se possa configurar. Assim, a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. O ato de improbidade é um ato ilegal, mas nem todos os atos ilegais são atos de improbidade. A ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor. (STJ, REsp 1367696/SC, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 3.12.2014)

Deve-se fugir da tentativa de se imputar responsabilidade com base em meras presunções; em singelas ilações - e aqui, ao que consta, o que existe é apenas isso -, como se nesse campo ela (a responsabilidade) fosse objetiva. Sem necessidade de maiores exercícios dogmáticos, o direito sancionador exige o elemento subjetivo.

Por oportuno, transcreve-se reflexão do eminente Des. João Henrique Blasi: Na ambiência de ação por improbidade administrativa, cujas sanções são sabidamente severas, não sobeja espaço para condenações fundadas em indícios ou presunções, daí exigir-se razoável evidenciação da prática de ato ímprobo, afinal de contas, nem toda irregularidade administrativa pode ser classificada como tal, mesmo quando aparentemente o indigitado ato enquadre-se na moldura da tipificação genérica do art. 11 da Lei n. 8.429/92. (Apelação Cível n. 2010.028096-0, de Lages, j. 27-9-2011).

Assim, seja pela ausência de indícios de que houve a dispensa indevida da licitação, bem como por não restar demonstrado efetivo prejuízo ao erário, a improcedência da ação é medida adequada a ser mantida.

Por derradeiro, "como órgão técnico que é, o Tribunal de Contas emite decisões eminentemente administrativas, sem traços de definitividade capazes de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." (Apelação Cível n. 2006.040457-4, de Armazém, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 13-10-2009). [...] (AC n. 2011.024237-2, de Capivari de Baixo, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 11-2-2014).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Este é o voto.