



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2024.0000194231

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000068-24.2014.8.26.0142, da Comarca de Colina, em que são apelantes VALDEMIR ANTONIO MORALLES, DENER JOSÉ TOESCA ME, H1 PROMOÇÕES ARTÍSTICAS E MARKETING LTDA e MUNICÍPIO DE COLINA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral do Dr. Oswaldo Bertogna Júnior, do Dr. Daniel Santos Freitas e do Dr. João Falcão Dias, deram provimento parcial ao recurso V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) E HELOÍSA MIMESSI.

São Paulo, 11 de março de 2024

NOGUEIRA DIEFENTHALER

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Voto 43310**Processo nº 0000068-24.2014.8.26.0142****Apelantes: Município de Colina, Valdemir Antonio Moralles, H1****Promoções Artísticas e Marketing Ltda e Dener José Toesca ME****Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo****Comarca de Colina****Juiz prolator: Fabiano Mota Cardoso****5ª Câmara de Direito Público#**

RECURSOS DE APELAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. OCORRÊNCIA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE FESTA DO CAVALO E DE EMPRESÁRIO DE CANTOR. PREJUÍZO AO ERÁRIO DEMONSTRADO POR MEIO DE LAUDO PERICIAL. EXCESSO EXPENDIDO NAS CONTRATAÇÕES QUE EM NADA SE MOSTRARAM EXCLUSIVAS. DANO AO ERÁRIO.

1. Cuida-se de recurso de apelação tirado em face de sentença que condenou os ora apelantes nas penas de improbidade administrativa nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992.

2. É indevida a contratação de agência de *shows* e entretenimento para realização de festividade do município sem precedente licitação. Ato de improbidade que causa prejuízo ao erário. Exigibilidade de licitação a contrário sensu dos arts. 24 e 25, da Lei federal nº 8.666/93

3. No presente caso, o Sr. prefeito municipal ordenou contratações superfaturadas para realização da XXXV Festa do Cavalo de 2012. Dolo demonstrado.

4. Existe prova suficiente de que o réu então agente público à época dos fatos conjuntamente com os corréus, agiram em conluio a fim de onerar em demasia o erário nas contratações do evento.

5. Suficientemente demonstrado elemento subjetivo essencial para a caracterização de improbidade administrativa. Existência nos autos de comprovação de dolo genérico, consistente no conluio estabelecido entre o prefeito e as empresas contratadas que lesaram o erário, em face da vulneração arquitetada do interesse público.

6. Manutenção, no mérito, da r. sentença. Reforma apenas na dosimetria das penas proporcionalmente aos prejuízos demonstrados nas contratações.

Recursos providos em parte.

Vistos, etc.

Cuidamos da análise de recursos de apelação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

interpostos por Município de Colina, Valdemir Antonio Moralles, H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltd^a e Dener José Toesca ME em face da r. sentença de fls. 2194/2203, pela qual o DD. Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, condenando solidariamente os requeridos a ressarcirem os danos suportados pelo erário no valor de R\$ 196.585,72 corrigidos a partir de janeiro de 2012 pelos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, acrescido de juros de mora de 1%; e ao pagamento de multa civil de duas vezes o valor acrescido ilicitamente ao seu patrimônio, a ser apurado a partir do aludido dano supra proclamado. Decretou a suspensão dos direitos políticos do réu Valdemir Antônio Morales nas penalidades da lei de improbidade administrativa, além da proibição dos réus contratarem com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos. Em razão da sucumbência condenou-os ao pagamento das custas e despesas processuais.

Ao apresentar as respectivas razões recursais, o recorrente Valdemir Antônio Moralles preliminarmente sustenta cerceamento de defesa, porquanto, considera como que indevido o julgamento antecipado da lide, No mérito, argumenta que a contratação por inexigibilidade de licitação sucedeu sob a forma legalmente prevista em razão de as empresas possuírem carta de exclusividade com os espetáculos artísticos, principalmente para a reserva de data específica para o evento e por se tratar de artista consagrado pela opinião pública e pela crítica especializada, fora das hipóteses elencadas no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993. Alega que a contratação da H1 Produções Artísticas e Marketing Ltd^a. foi subsidiada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

por parecer técnico jurídico da Municipalidade, não havendo lugar para se falar no elemento subjetivo do dolo *direto*, ou seja, o de causar prejuízo na contratação pelo gestor municipal. Aduz que a adoção da conclusão veiculada na perícia no sentido de que houve superfaturamento neste negócio jurídico, não deve prevalecer, porquanto, estimada mediante um comparativo genérico dos valores gastos nos 5 anos anteriores e nos 2 anos posteriores. Além do fato de o laudo não apurar a pesquisa de mercado referente ao *show* do cantor Eduardo Costa, e de contratação em preços maiores de outros artistas que se apresentaram no evento. A final, argui que prejuízo algum sucedeu em desproveito do erário, bem como, não foram descritos adequadamente os elementos da conduta, quais sejam, os da culpa e do dolo no corpo do discurso de justificação da tipicidade da conduta.

Requer o cancelamento das penalidades decretadas. Postulam outrossim, a anulação da sentença ou, subsidiariamente, a reforma do *decisum*, a fim de que a multa seja minorada para uma vez o valor do dano.

Por seu turno, a alegação de Dener José Toesca ME se dirige no sentido de que tem por insubsistente a imputação de ação dolosa de autoria dos atos ímprobos, uma vez que não se demonstrou a intenção de causar prejuízo ao erário, tampouco individualização das condutas, e inexistente o liame, o nexos de causalidade, entre a conduta e o dano alegado. Sustenta que a contratação do cantor Eduardo Costa foi precedida de forma legal e prejuízo algum adveio ao erário. Aduz que o método comparativo utilizado na perícia mostrou-se genérico e que a perita não considerou aspectos relevantes na contratação do artista, a exemplo de que houve em outras localidades nas quais foram pagos valores superiores aos do presente caso. Põem em relevo a existência



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de carta de exclusividade que detinham especialmente para a data do evento.

De seu turno, a apelante H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda argui preliminarmente: a).- A tese de nulidade da sentença pelo cerceamento de defesa, em razão da análise subjetiva e parcial do trabalho técnico da perita a respeito dos fatos postos ao crivo judicial; b).- No mérito, alega que a contratação direta para organização da *Festa do Cavalo* houve-se sob forma regular, porquanto detinha, direitos de exclusividade para a contratação de profissionais. Logo, não seria então caso de concurso licitatório, favor que consta da regra consoante rege o art. 25, III, da Lei nº 8.666/1993; c).- Postula que prejuízo ao erário não houve, haja vista que o próprio laudo contém dados sobre os valores despendidos com os pagamentos dos artistas, que alinhavam-se com os praticados no mercado; d).- Sustenta que a festividade da edição de 2012 alcançara custos mais elevados relativamente aos anos anteriores, todavia, isso não faz supor ocorrência de danos ao erário, de vez que a grade de *shows* de artistas renomados e de grande popularidade altera o critério dos preços; e).- Imputa o defeito da inexistência de individualização das sanções e penalidades as quais deveriam ser proporcionalmente atribuídas de acordo com a responsabilidade de cada réu; f).- E, a final, alega como que descaracterizada, ou ao menos insuficientemente caracterizada eventual conduta dolosa de ato ímprobo dos réus.

Ao arrazoar o recurso, o Município de Colina sustenta que ao contrário do entendimento veiculado na sentença, as contratações realizadas para realização da XXXV Festa do Cavalo obedeceram a forma prescrita em lei, respeitado o regramento determinado na Lei de Licitações, notadamente o fator de exclusividade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

das empresas contratadas e por se tratar de hipótese prevista no art. 25, III, da Lei nº 8.666/1993, ou seja, de inexigibilidade de licitação cujo processo administrativo de contratação observou todo trâmite legal. Ao final, repisa que as contratações respeitaram os princípios da moralidade, legalidade e economicidade, não estariam evidenciados, portanto, quaisquer atos de improbidade ao exame dos autos.

Os recursos foram contrarrazoados a fls. 2331/2352, e a D. Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer pelo parcial provimento dos apelos.

É o relatório. Passo ao voto.

Inicialmente, recebo os apelos em seus regulares efeitos, dispensado o recolhimento dos preparos nos termos do art. 23-B, §1º, da Lei nº 14.230/2021.

Em primeiro, cuidemos da análise das questões preliminares ao mérito levantadas nos apelos.

A primeira delas suscitada pelo corréu Valdemir, compreende uma suposta insuficiência da exordial, que, alegadamente, não individualizou as condutas.

Essa alegação não prosperará pois, como se extrai por meio de simples leitura do petítório, que em relação a todos os réus foram apontados fatos tarjados como ímprobos. São eles: as contratações diretas da empresa H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda. e da pessoa jurídica Dener José Toesca ME, sem observância do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

procedimento licitatório.

Sem embargo disso, ainda em relação àqueles que embora não sejam servidores públicos, mas que figuraram no polo passivo desta ação, consta imputação de que presumivelmente teriam prejudicado o erário, porque lograram vantagens pessoais ao tempo das onerosas contratações suportadas pela Administração Municipal, conduta, por sua vez, descrita com suficiente precisão na petição inicial.

Veja-se que para a petição ter eficácia basta que nela conste discursiva descrição dos fatos em um nível tal que suscite a compreensão judiciária, bem como o contraditório. Ora, a pretensão formulada supriu a defesa. Por outro lado, o *petitum* se constituiu guardado sob essa eficácia, até mesmo porque todos os réus conseguiram contradizer a versão dada a cada dos fatos.

A ocorrência ou não de ato ímprobo e a consequente procedência ou não dos pedidos, é matéria afetada ao mérito das alegações, devendo ser com eles analisada.

Outra alegação preliminar comum por sua vez aos réus Valdemir e H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda, condiz com o cerceamento de defesa relativamente à consecução da prova pericial. Neste passo argumentam que a senhora perita não teria respondido a contento os quesitos formulados, bem com arguem a imprestabilidade do laudo referente à demonstração de efetivo dano ao erário. Todavia, não prospera a tese preliminar de nulidade da prova pericial. Isto porque, o trabalho desenvolvido pela perícia passou sob o crivo do contraditório de modo a desaguar em suficiente e adequada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

compreensão para esclarecimento da situação fática debatida nos autos. Se quaisquer insuficiências fossem identificadas, haveriam de ser supridas ao tempo conseqüente ao da perícia, e, com suprimentos claros que as conotassem. Ademais, o conjunto de elementos que o trabalho pericial reuniu são evidentes o bastante para dar ensejo ao desate daquela fase probatória. De mais a mais, o magistrado aprecia livremente as provas, pode indeferir aquelas que considerar impertinentes ou protelatórias. Desta feita, os esclarecimentos levantados pelos recorrentes, na forma como requerida, não configuraram cerceamento de defesa. Essa não uma conclusão esvaziada de sentido, mas extraída sob a ótica do julgador quem considerou que referida objeção não teria o condão de alterar a situação fática já consolidada nos autos, como aliás enuncia o r. despacho de sua lavra que diferiu a análise das impugnações referentes ao laudo para o tempo processual da sentença (fls. 2084).

Nesse sentido, consoante ponderado no parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça: *"A perita contábil que elaborou o laudo de fls. 1.947/1.971 realizou a valoração jurídica acerca das contratações objeto da demanda, afirmando que houve a violação dos artigos 2º e 25 da Lei nº 8.666/93 (fls. 1.954/1.955). No entanto, tais considerações indevidas não implicam a nulidade do laudo pericial, sendo suficiente que sejam desconsideradas, por excederem a análise técnica afeta à especialidade do perito. E assim o fez o juízo a quo se valeu do trabalho apenas na análise do prejuízo ao erário"*.

Assim, considero que não houve cerceamento de defesa alegado pelos apelantes.

Isso posto, sanadas as questões preliminares,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

compete-nos adentrar o mérito.

Na origem, cuidamos da análise de ação de improbidade intentada pelo órgão ministerial em face dos ora apelantes. E, neste aspecto, não há como divergir da conclusão exarada pela instância de origem, assim como das reflexões lavradas pelo D. Procurador de Justiça em parecer, as quais evidenciam a improbidade com que os corrêus conduziram os negócios da urbe.

Segundo a inicial, no curso do mandato do corrêu Valdemir Antônio Morales como prefeito do município de Colina deliberou acerca das contratações dos corrêus para a XXXV Festa do Cavalo no ano de 2012, aquelas realizadas sem licitação ou procedimento de dispensa prévia. Nesse período, a municipalidade despendeu R\$ 225.000,00 para o pagamento de contratação de parque de diversões e exploração de espaços para instalação de barracas comerciais à empresa H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda; e de R\$ 135.000,00 para a realização do show do cantor Eduardo Costa por meio de contratação pela empresa Dener José Toesca ME.

A r. sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos do autor, com suporte no laudo pericial produzido em juízo, no qual concluiu-se que os réus agiram sem atender ao interesse público e causando danos ao erário no montante de R\$ 196.585,72, este caracterizado pela diferença de R\$ 138.585,72 referente ao contrato formalizado com a empresa H1 Promoções, e de R\$ 58.000,00, relativamente ao contrato com a empresa Dener José Toesca ME.

Pois bem.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ora bem, verifico que a controvérsia reside situar em quais campos se deram as dispensas de licitação realizadas para a contratação das empresas privadas para a prestação de serviços públicos descritos (execução da XXXV Festa do Cavalo de Colina - Edição 2012) e se tais foram previamente concebidas para beneficiar os corréus H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda^a. e Dener José Toesca ME.

O debate travado neste recurso, portanto, cinge-se à licitude dos procedimentos de dispensa de licitação e à inexistência de responsabilidade administrativa deles ante a ausência de dolo ou culpa na prática dos atos de contratação e pagamento pela realização dos serviços públicos licitados.

Ao contrário do defendido pelos apelantes, os fatos analisados nestes autos despontam para a flagrante ilegalidade praticada pelos réus no certame realizado pela Administração Municipal, que se traduziu, em suma, na contratação direta por inexigibilidade de licitação e privilégio dos corréus H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda. e Dener José Toesca ME, para execução da XXXV Festa do Cavalo de Colina.

Vejamos.

Diviso duas sortes de pressupostos para os atos de improbidade nestes autos. A uma, a própria contratação das empresas para realização da XXXV Festa do Cavalo de Colina, formalizada sem licitação e respeito dos postulados constitucionais básicos. A duas, as contratações superfaturadas, cujo caráter ímprobo se vincula à falta de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

interesse ao serviço público. Concorriam neste caso interesses meramente privados.

No tocante ao primeiro argumento, conhecendo do que consta dos autos, uma vez empossado, o corrêu Valdemir Antônio Moraes determinou aos órgãos da administração a contratação da empresa H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda, e da pessoa jurídica Dener Jose Toesca Me, esta para contratação do cantor Eduardo Costa, e aquela para execução da XXXV Festa do Cavalo de Colina – Edição de 2012.

Sobre tais fatos, inexitem quaisquer dúvidas, cabendo dar-lhes a conformação jurídica pertinente a cada caso concreto.

A tese defensiva, contudo, desenvolve-se no sentido de que, no caso concreto, as contratações foram subsidiadas por parecer técnico jurídico da administração municipal; que o fator comparativo utilizado pela perícia não se presta a comprovar o dano ao erário; as empresas contratantes detinham cartas de exclusividade de shows com artistas consagrados pela mídia especializada de que consta do artigo 25, III, da Lei nº 8.666/1993, sustentando, portanto, a falta de ilicitude.

Ora, é consabido que a licitação é o meio adequado para contratações da administração vez que, por seu caráter público e concorrencial, tende a viabilizar a participação de todos aqueles interessados, evitando favorecimentos pessoais e buscando a proposta mais economicamente vantajosa, com base em critérios eminentemente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

objetivos.

A dispensa ou inexigibilidade é situação absolutamente excepcional, cabível apenas em hipóteses previstas em lei no primeiro caso e, no segundo, quando fundado em elementos concretos que indiquem a absoluta falta de mercado competitivo naquela atividade.

De todo modo, é pressuposto de validade do contrato a fundamentação idônea, seja por meio de procedimento administrativo, seja por meio de declaração do responsável pela ordenação da despesa por se tratar de hipótese de inexigibilidade de licitação, nos casos do artigo 26 da Lei nº 8.666/1993¹.

Dessa maneira, a Administração deve aferir a presença dos requisitos autorizativos prescritos no aludido art. 26, no processo de inexigibilidade de licitação.

Aqui estamos defronte de uma norma inderrogável

¹ Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

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

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

para o administrador, pois diz diretamente com a publicidade e impessoalidade que se exige daqueles encarregados de lidar com a coisa pública, sendo um dos mais eficazes de controle do uso do erário.

Até por isso, a dispensa de licitação é um dos casos tipificados de improbidade administrativa que enseja prejuízos ao erário, conforme se verifica do artigo 10, VIII da Lei nº 8.429/1992, com a redação vigente à época dos fatos.

Compete-nos, contudo, analisar se a contratação direta (v.g. com licitação dispensável), no caso dos autos, foi adequada ou não.

Não sobressai dos autos, contudo, quaisquer hipóteses de dispensa licitatória.

Aqui calha analisar a conformidade da contratação a fim de evitar a ocorrência de intermediários que concorrem para contratação mais onerosa ao erário, pois havendo pluralidade de empresas, é perfeitamente cabível o procedimento licitatório a fim de viabilizar a competição de participantes.

Em que pese o parecer jurídico expedido pela Secretaria Municipal de fls. 82/84 opinar pela inexigibilidade de licitação da empresa H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda. em razão da notória especialização com fundamento no art. 25, inciso II c/c § 1º, da Lei nº 8.666/1993, deve-se observar que o contrato celebrado com empresas produtoras e organizadoras de eventos para realização de festejo municipal, por sua própria natureza, em nada se relaciona com a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

aludida exclusividade empresarial, como aliás expos a defesa, a fim de descaracterizar a inviabilidade de competição. Ademais, a justificativa de falta de tempo hábil para realização de procedimento licitatório não se sustenta, haja visto que a *Festa do Cavalo* ocorre anualmente no mesmo período do ano, não havendo porquês de não se ter realizado o prévio procedimento licitatório para as festividades de 2012, consoante ocorreu em cindo anos anteriores e nos dois posteriores, consoante exposto no laudo judicial.

A meu ver, portanto, a arguição trazida pelos recorrentes no sentido de que a contratações foram levadas a efeito pelo fator da exclusividade não merece prosperar. Isto porque, no caso em análise não se pode confundir exclusividade com autorização concedida pelos empresários para determinadas festividades em datas previamente determinadas. Com efeito, a mera autorização que instruiu a contratação com a Administração não se presta como permissivo legal para afastar a exigibilidade de prévia licitação. Nesse sentido, corroboro o entendimento exarado pela D. Procuradoria Geral de Justiça em parecer: *“Empresário exclusivo difere do mero intermediário. O primeiro representa o artista de forma exclusiva e permanente, numa relação contratual duradoura. O segundo organiza eventos certos e determinados, mediante relação efêmera com o artista ou empresário exclusivo, o que, em contrapartida, não os impede de contratar com outros profissionais, caso das empresas Agravadas”* (vide fls. 2.380).

À toda evidência, aqui não se discute a escolha de artista consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, mas sim a regularidade da contratação do cantor. Nesse contexto, constata-se que a empresa corré Dener José Toesca ME não detinha exclusividade na contratação, pois a intermediadora do artista



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

contratado era a EC 13 Produções Ltda^a – EPP (vide fls. 211 e 213).

Logo, o permissivo de inexigibilidade de licitação contido no art. 25, III, da Lei de Licitações, encontra amparo nas hipóteses em que as contratações são realizadas diretamente com o artista ou com seus empresários exclusivos.

Ademais, anoto que as hipóteses de dispensa de licitação configuram uma flexibilização dos princípios mais caros na lida da coisa pública e, portanto, devem ser tratadas com a cautela merecida, interpretando-se restritivamente seus dispositivos.

Ainda que admitíssemos a contratação por inexigibilidade de licitação no caso que verte dos autos, ainda assim o fato de ter sido indicada apenas uma empresa (a corré H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda.) para execução festiva, justificada a escolha relacionada à notória especialização e notadamente pelo fato de não haver tempo hábil para realização do procedimento licitatório, indicamos que de fato ofendeu-se o arco dos princípios reitores da coisa pública. Ademais, considerando que a *Festa do Cavalo* ocorre periodicamente no mesmo período de cada ano, necessário, portanto, que ao administrador municipal caberia proceder ao prévio procedimento administrativo para proceder às referidas contratações, ou seja, por meio de licitação.

Colaciono abaixo decisões de casos análogos deste Tribunal de Justiça:

Apelação - Ação civil pública por ato de improbidade - Inobservância de formalidade legais em contratação de artistas para eventos festivos - Declaração de inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, III, da Lei n.º 8.666/93 - Violação dos pressupostos legais para a contratação direta - Empresa intermediadora que não detém a exclusividade de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

representação dos artistas, mas tão somente o direito de agenciamento em datas específicas - A exclusividade do empresário, pressuposto para a inexigibilidade, envolve, pois, atividade perene e duradoura - Contratação, ademais, que viola o art. 26 da Lei n.º 8.666/93, vez que não precedida de avaliação mercadológica, justificativa do preço ou fundamento para a contratação - Empresa contratada que apresentou proposta de valor, desprovida de orçamento que demonstrasse a destinação dos valores (cachês dos artistas e remuneração da própria intermediadora) - Ação julgada procedente na 1ª Instância - Sentença mantida. Recursos não providos. (TJSP; Apelação Cível 1004748-29.2019.8.26.0637; Relator (a): Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Tupã - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/11/2023; Data de Registro: 01/12/2023)

Apelação. Improbidade administrativa. Contratação de artistas para performance musical no aniversário da cidade. Declaração de inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, III, da Lei n.º 8.666/93. Violação dos pressupostos legais para a contratação direta. Empresa intermediadora que não detém a exclusividade de representação dos artistas, mas tão somente o direito de agenciamento em datas específicas. A exclusividade do empresário, pressuposto para a inexigibilidade, envolve, pois, atividade perene e duradoura. Contratação, ademais, que viola o art. 26 da Lei n.º 8.666/93, vez que não precedida de avaliação mercadológica, justificativa do preço ou fundamento para a contratação. Empresa que buscou a municipalidade e apresentou unilateralmente a proposta de valor, desprovida de orçamento que demonstrasse a destinação dos valores (cachês dos artistas e remuneração da própria intermediadora). Subsunção às condutas ímprobadas descritas no art. 9º, caput, art. 10, VIII e art. 11, caput e inciso I da Lei n.º 8.429/92. Sentença reformada para julgar procedentes os pedidos. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1003770-82.2016.8.26.0079; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Botucatu - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/09/2021; Data de Registro: 29/09/2021)

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONVÊNIO FIRMADO COM O MINISTÉRIO DO TURISMO – "FESTA DO PEÃO 2008" – ILEGALIDADES NO PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS, BEM COMO, NA DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA RESPECTIVA HOSPEDAGEM – Sentença de parcial procedência – Condenação, com fundamento no artigos 10, VIII, IX e XI, e 11, "caput", da Lei nº 8.429/1992, às penas do art. 12, III, daquele diploma legal. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – Incorrência – Nas ações de improbidade ajuizadas em razão de eventuais irregularidades praticadas na utilização de valores decorrentes de convênio federal, o simples fato de as verbas estarem sujeitas à prestação de contas perante o TCU, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal – Entendimento do C. STJ – Rejeição. PRELIMINARES – Inadequação da via eleita, inépcia da inicial, ausência das condições da ação e inexistência de ato de improbidade – Descabimento – Questões já apreciadas por ocasião do recebimento da petição inicial, sem oportuna insurgência – Matéria afeta, neste momento processual, ao mérito – Independência das instâncias – Inteligência do art. 12, "caput", da Lei nº 8.429/1992 – Rejeição. MÉRITO – Ilegalidades no procedimento de inexigibilidade de licitação para a contratação de artistas, bem como, na dispensa de licitação para respectiva hospedagem, operando-se, exclusivamente, por meio da emissão de nota de empenho – Graves infrações à lei e, não, meras irregularidades – Inteligência dos arts. 25, III, e 26, da Lei nº 8.666/1993 – Infringência ao art. 11, "caput", da Lei nº 8.429/1992 – Dolo caracterizado – Prescindibilidade de comprovação do dano ao erário – Entendimento do C. STJ – Ausência de desproporcionalidade das penas aplicadas com fundamento no art. 12, III, da LIA – Manutenção. – Sentença reformada, em parte, para enquadrar a conduta, apenas, no artigo 11, "caput", da Lei nº 8.429/1992. – Apelo parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 3001211-69.2013.8.26.0097; Relator (a): Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Buritama - 1ª Vara; Data do Julgamento: 02/12/2020; Data de Registro: 02/12/2020)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Compete-nos, entretanto, verificar se houve danos ao erário, pressuposto elementar do ato de improbidade.

Nesse contexto, restou evidenciado que as contratações das empresas se deram de forma norteada a favorecer a contratação da forma que foi realizada, ou seja, com dispensa de licitação, em razão de os corréus apresentarem cartas de exclusividades para as datas da aludida festividade de Colina. Destarte, verifica-se da leitura do laudo pericial de fls. 1.946/2.002, que o valor de R\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais) despendido pela municipalidade à empresa H1 Produções Artísticas e Marketing Ltda foi maior que a média do valor pago nos cinco anos anteriores e nos dois posteriores ao período discutido nos autos, conforme metodologia comparativa adotada pela senhora perita². Assim como em relação ao montante de R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais) pago à empresa Dener José Toesca ME, que repassou R\$ 77.000,00 (setenta e sete mil reais) para empresa EC 13 Produções Artísticas Ltda EPP, conforme demonstrado a fls. 1.961 e 1968³ do laudo, ocasionando um prejuízo de R\$ 196.585,72.

Cuidando-se de caso de dispensa indevida de licitação, o prejuízo realiza-se pelo tão só fato de tolher a concorrência,

² Laudo pericial fls. 1.958: “A partir de tais informações apuradas foi possível aferir que o valor médio pago nos 05 anos anteriores e nos 02 anos posteriores é de R\$ 86.414,28, que corresponde a 61,59%, menor em relação ao valor gasto no ano de 2012. Importante enfatizar que nos 05 anos anteriores e nos 02 anos posteriores as contratações ocorreram através de Licitação e que somente no ano 2012 a contratação se deu através de inexigibilidade de licitação”.

³ Laudo pericial quesito do requerente: “8) Caso a resposta do item 7. Seja positiva, qual seria o valor atribuído à contratação do show à época, sem a intermediação da empresa DENER JOSÉ TOESCA ME? Resposta: Caso a municipalidade firmasse a contratação diretamente com o profissional ou com empresário exclusivo o valor seria R\$ 77.000,00, de acordo com o contrato fls. 229/235, firmado entre a empresa DENER JOSÉ TOESCA ME e a empresa EC 13 PRODUÇÕES LTDA EPP, sendo esta última a empresa do empresário exclusivo do artista, e este valor o efetivamente pago ao artista em razão do referido show”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

meio sabidamente eficaz para quantificar os encargos pecuniários a serem despendidos pela administração pública.

Apesar de nem sempre ser mensurável, subsiste presunção de que o dano ao erário aflora *in re ipsa*, justamente dado o não proveito da concorrência. Desse modo, o C. Superior Tribunal de Justiça decide:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA BEM DELIMITADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AFASTAMENTO DA SÚMULA 7. MAU USO DE VERBAS FEDERAIS REPASSADAS PELA UNIÃO. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. PRESENÇA DO DOLO GENÉRICO E DO PREJUÍZO PRESUMIDO. ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO. I - Trata-se de ação civil pública que imputou aos agravados a prática de ato de improbidade administrativa em razão do mau uso das verbas federais repassadas pela União, por intermédio do Ministério do Desenvolvimento Agrário representado pela Caixa Econômica Federal - CEF, à Federação dos Trabalhadores da Agricultura do Estado de Sergipe - FETASE. II - Fundamentos fáticos quanto ao mau uso das verbas federais ante a dispensa indevida de licitação foram bem delineados no acórdão recorrido. Hipótese de reavaliação jurídica dos fatos. Afastamento da Súmula 7 como óbice para o conhecimento do recurso especial. Precedentes: AgInt no AREsp 824.675/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/08/2016, DJe 02/02/2017 e REsp 1245765/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/6/2011, DJe 3/8/2011. III - Ao realizar a aplicação de recursos federais sem prévia licitação, a conduta praticada pelos réus afrontou os princípios que regem a licitação, violando, notadamente, os deveres de legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e da probidade administrativa, nos termos do art. 3º da Lei n. 8.666/93. IV - Ainda que não exista má-fé ou desonestidade, de forma livre e consciente, os réus admitiram as contratações de bens, de serviços e de serviços técnicos especializados sem realização de certames licitatórios, bem como, sem qualquer pesquisa de cotação de preços, afrontando a determinação dos arts. 2º, 13, inc. VI, §1º, 15, 23 e 24, inc. II, da Lei 8.666/93. Está caracterizado, desse modo, o dolo ainda que genérico e também o prejuízo mesmo que presumido ao erário. Precedentes: REsp 1685214/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017 e REsp1624224/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 1/3/2018, DJe 6/3/2018. V - Indevida improcedência dos pedidos contidos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

na ação civil pública por improbidade administrativa na sentença e no acórdão recorrido, por violação ao art. 10, VIII, da Lei 8.429/92. VI - Agravo interno provido. (AgInt no AREsp 1196567/SE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018, g.n.)

Logo, o caso se amolda ao tipo objetivo de improbidade de dispensa indevida de licitação, neste passo é conduta imputável ao corréu Valdemir Antonio Morales, que dada a qualidade de gestor, de prefeito a quem se confiou as contratações, torna-se sobremdo responsável, não fugindo desta qualificação também os corréus H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda e Dener José Toesca ME, porque beneficiados com o ato. Patente, ocorrência de violação dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência no caso concreto.

Por oportuno destacar relevante ponderação tecida pelo D. Magistrado *a quo*: *"In casu, os serviços contratados pela H1 PROMOÇÕES ARTISTICAS E MARKETING LTDA, não apresentavam qualquer singularidade, porque afetos a ramo bastante disseminado entre os profissionais da área, razão pela qual decorreu ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação, sendo de rigor o ressarcimento ao erário público. O fato é que, os serviços contratados não eram singulares, e a empresa H1 PROMOÇÕES ARTISTICAS E MARKETING LTDA não era a única fornecedora existente no mercado para prestação de serviços em questão, tanto que houve a devida licitação em edições anteriores da "Festa do Cavalo", com manifestação de outras interessadas, também com capacidade para a prestação dos serviços contratados. Situação idêntica verifica-se na contratação da corré DENER JOSÉ TOESCA ME, no tocante ao show musical do cantor Eduardo Costa, pois, ainda que se admitisse a presença do intermediário na contratação de artistas, o serviço por ele prestado nada teria*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

de singular, esvaziando o conteúdo da exceção legal e obrigando a licitação. Ademais, a Prefeitura Municipal seguramente dispunha na época de outras opções capacitadas a desempenhar os mesmos serviços contratados pela H1 PROMOÇÕES ARTISTICAS E MARKETING LTDA e também, caso possível a intermediação de shows artísticos, pela DENER JOSÉ TOESCA ME. Nesse contexto, evidente a inobservância do princípio da economicidade, já que a Municipalidade desembolsou dos cofres públicos, sem procedimento licitatório, somente com a corrê H1 PROMOÇÕES ARTISTICAS E MARKETING LTDA a importância de R\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais), mesmo contanto, seguramente, com outras opções para realização do mesmo serviço. Corroborando tal raciocínio, cumpre salientar que, o valor pago a H1 PROMOÇÕES ARTISTICAS E MARKETING LTDA pela Prefeitura Municipal na Festa do Cavalo, edição 2010, com a realização do devido processo licitatório, foi de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou seja, R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais) a menos que o valor contratado indevidamente na edição de 2012, o que deflagra o consistente prejuízo suportado pelos cofres públicos na contratação ora rechaçada. Também de forma irregular, o então prefeito promoveu, ainda, a contratação da outra empresa intermediária DENER JOSÉ TOESCA ME para realização do show musical, pelo valor de R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais). Saliente-se, também, que o valor contratado por esta com o empresário exclusivo do músico foi de R\$ 77.000,00 (setenta e sete mil reais), ou seja, a cifra de R\$ 58.000,00 (cinquenta e oito mil reais) a menos que o valor desembolsado pelo Município de Colina (fls. 185/190). Ademais, ainda que se admita que outras interessadas poderiam não prestar satisfatoriamente os serviços realizados pela H1 PROMOÇÕES ARTISTICAS E MARKETING LTDA e DENER JOSÉ TOESCA ME a contratação direta é inadmissível, em razão da já comentada natureza não singular do trabalho contratado e da ausência de notória especialização das empresas. Assim, em sendo a licitação exigível, ante a natureza do serviço e da falta de notória especialização das corrês H1 PROMOÇÕES ARTISTICAS E MARKETING LTDA e DENER JOSÉ TOESCA ME notória é a irregularidade no caso. Cumpre destacar, ainda, que a exceção do art. 25, inciso III, no caso concreto, só poderia ser aplicada se a contratação tivesse



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ocorrido diretamente com o artista ou com seu empresário exclusivo, o que não é o caso dos autos, tendo-se patente, portanto, a irregularidade, com consequente ofensa ao Princípio da Legalidade. Especificamente em relação a contratação da empresa DENER JOSÉ TOESCA ME, a carta de exclusividade trazida aos autos, ao que consta, se limitava a apresentação do cantor na Festa do Cavalo de 2012. O empresário exclusivo do cantar, de fato, é a empresa EC 13PRODUÇÕES LTDA EPP, com a qual deveria a Prefeitura Municipal ter firmado o contrato diretamente, nos termos do artigo 25, inciso III, da Lei 8666/93. Ocorre que, além das irregularidades no procedimento adotado, o dano ao erário, nos caso sub judice, são evidentes e foram, detalhadamente, no laudo pericial acostado às fls.1.946/2002 destes autos, cujos os trechos conclusivos passo a transcrever: "(...) observa-se no levantamento realizado que na realização do evento do ano de 2012 o valor desembolsado foi consideravelmente maior do que comparado aos 5 anos anteriores e os 2 posteriores (...); foi possível aferir que o valor médio pago nos 5 anos anteriores e nos 2 anos posteriores é de R\$86.414,28, que corresponde a 61,59% menor em relação ao valor gasto no ano de 2012 (...). Importante enfatizar que nos 5 anos anteriores e nos 2 anos posteriores as contratações ocorreram através de licitação e que somente no ano de 2012 a contratação se deu através de inexigibilidade de licitação; (...) o Município de Colina pagou a empresa contratada DENER JOSÉ TOESCA ME o montante de R\$ 135.000,00 pela realização do show do cantor EDUARDO COSTA, no dia 09 de julho de 2012. Já a empresa DENER JOSÉ TOESCA ME pagou efetivamente o valor de R\$ 77.000,00". Some-se a tudo que restou explanado, a prova oral produzida nestes autos, vez que em depoimento prestado ao Juízo, o corréu VALDEMIR, declarou que: "infelizmente era um ano que acaba sendo um ano eleitoral, contratações, todas festas que vêm durante o ano, nosso tempo, nós não tínhamos hábil para fazer licitação" (fls. 931). Ou seja, e momento algum negou que o procedimento adotado estava em desacordo com a legislação vigente, justificando a dispensa do processo licitatório por falta de tempo hábil. As afirmações acima apenas corroboram o vasto acervo documental. Da mesma forma, os demais depoimentos pessoais dos representantes das empresas rés (fls.934/940) só reforçaram a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ilegalidade das contratações realizadas, conduzidas de forma a esquivar os contratantes da exigibilidade da realização de um processo licitatório. Por fim, deve-se pontuar que a Administração Pública é regida por regras próprias, diversas daquelas que regem as transações particulares, vez que a principal finalidade é garantir a preservação do interesse público. É fundamental que o Administrador Público atue e forma proba, impessoal, eficiente e transparente” (vide fls. 2.197/2.200).

Caracterizado, portanto, o elemento subjetivo do dolo, tanto para o então Prefeito como para os particulares que se beneficiaram, direta e indiretamente, com a improbidade demonstrada na contratação direta para execução da XXXV Festa do Cavalo, assim como na contratação superfaturada do cantor Eduardo Costa.

No mesmo sentido, corroborando os fundamentos da r. sentença e a pretensão autoral, vale destacar a manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça de fls. 2.387/2.388: *“Destarte, a contratação direta de empresas intermediárias para a realização de festa e promoção de shows, com fundamento na singularidade e notória especialização inexistentes e em desacordo com o previsto no artigo 25, inciso II, da Lei nº 9.666/93; a ausência de contratação direta do artista ou de seu empresário exclusivo; a utilização de cartas de exclusividade para somente um evento e firmadas anteriormente aos contratos celebrados com o município; a manifesta disparidade do valor dos preços ajustados se comparados aos eventos anteriores e posteriores também com artistas renomados; a grande diferença da quantia firmada com a pessoa política em relação ao custo da contratação junto ao empresário exclusivo são suficientes para denotar os dolo dos corrêus”.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A licitação é dever constitucionalmente estabelecido, sendo um dos postulados mais básicos do regramento jurídico da administração pública cujo detalhamento foi expressamente delegado pelo constituinte ao legislador ordinário, inclusive no que tange às hipóteses de dispensa que, como acima declinado, são excepcionais.

Por conseguinte, houve-se demonstrado o ato ímprobo com todos os elementos próprios da espécie, motivo pelo qual mantém-se a procedência das ações.

No que tange na aplicação das penas, a meu ver, a respeitável sentença desbordou da proporcionalidade que se espera, razão pela qual, merece reparo.

Vejamos.

Aos réus foi imposta penalidade de ressarcimento solidário integral do dano apurado por meio do laudo judicial, qual seja, de R\$ 196.585,72. Todavia, por se tratar de contratações distintas autorizadas pelo corréu Valdemir Antônio Morales, deve-se observar que o prejuízo ao erário com a contratação da empresa H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda foi de R\$ 138.585,72; ao passo que a contratação com a empresa Dener José Toesca ME gerou prejuízo de R\$ 58.000,00 aos cofres públicos. Logo, o ressarcimento seguirá a aludida individualização referente aos prejuízos suportados nas contratações avençadas pelos réus, respeitando-se a proporcionalidade que recomenda a aplicação de ponderada dosimetria.

Diante do exposto, pelo meu voto, ***dou parcial***



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

provimento aos recursos de apelação para, mantendo a procedência, **rever** as penalidades aplicadas aos réus, nos termos da fundamentação supra.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER
RELATOR