



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Quinta Câmara Cível



APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO nº 0001762-98.2014.8.19.0020
VARA ÚNICA
COMARCA DE DUAS BARRAS

Apelante:
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Apelados:
ANTÔNIO CARLOS PAGNUZZI ARAÚJO
CAMILA DE JESUS PONCE

JOÃO HERMINO DE SOUZA BARROSO

Relatora: JACQUELINE LIMA MONTENEGRO

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. PREFEITO E SECRETÁRIA MUNICIPAL DE CULTURA E TURISMO QUE CONTRATA EMPRESA QUE ATUA NO RAMO DA PROMOÇÃO DE VENTOS PARA REALIZAÇÃO DE ESPETÁCULOS ARTÍSTICOS DURANTE FESTEJOS RELIGIOSOS EM AGOSTO E SETEMBRO/2008, COM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, CONSUBSTANCIADA NA AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA NO INCISO VIII DO ARTIGO 25 DA LEI Nº 8.666/1993 (Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) VIII. Para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública). AÇÃO PROMOVIDA PELO *PARQUET* COM BASE EM RELATÓRIO EMITIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO E COM BASE NAS CONCLUSÕES DE INQUÉRITO CIVIL, AMBOS OS PROCEDIMENTOS APONTANDO QUE A INEXIGIBILIDADE DECRETADA PELO PREFEITO E PELA SUA SECRETÁRIA FOI UMA DECISÃO ILÍCITA E SE IDENTIFICAVA COM A TIPIFICAÇÃO DE ATO ÍMPROBO PREVISTA NA LEI Nº 8.429/1992, CAUSANDO DANO AO ERÁRIO (ART. 10) E ATENTANDO CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REFORMA QUE SE IMPÕE. CONTRATAÇÃO COM EMPRESA QUE, NA HIPÓTESE DOS AUTOS,

LA

Página 1





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível



FERE A DETERMINAÇÃO LEGAL DE QUE A INEXIGIBILIDADE PRESSUPÕE A OBRIGAÇÃO DE SOMENTE SER FEITA DIRETAMENTE OU POR MEIO DE EMPRESÁRIO EXCLUSIVO DOS ARTISTAS. ALÉM DO QUE, NO VALOR PAGO À EMPRESA INTERMEDIÁRIA FORAM EMBUTIDAS INDEVIDAMENTE DESPESAS QUE NÃO AQUELA DESTINADA AO PAGAMENTO DOS ARTISTAS (CACHÊ), TAIS COMO MONTAGEM, ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS E INFRAESTRUTURA, ITENS PARA OS QUAIS A INEXIGIBILIDADE NÃO SE ESTENDE. EXCLUSIVIDADE OBTIDA PELA EMPRESA DE EVENTOS, QUE MESES ANTES OBTIVERA DAS MESMAS AUTORIDADES MUNICIPAIS O BENEFÍCIO DA INEXIGIBILIDADE QUANDO DOS FESTEJOS DE CARNAVAL, QUE DENOTA INDISCUTÍVEL CONLUÍO ENTRE ELAS E A EMPRESA CONTRATADA, VISANDO PRIVILEGIÇÃO INDEVIDA. CARACTERIZAÇÃO DE ATO ÍMPROBO, PRATICADO, ADEMAIS, COM INTENÇÃO CONSCIENTE DE BURLAR A REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO PARA FAVORECER TERCEIRO. CONLUÍO TIPIFICADO NOS INCISOS VIII E XI DO ART. 10 DA LEI Nº 8.429/1992 (ato de improbidade que causa dano ao erário em decorrência de dispensa indevida de licitação e liberação de verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes), BEM ASSIM TIPIFICADO NO INCISO I DO ART. 11 DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL (ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto). DECLARAÇÃO DE NULIDADE DOS CONTRATOS. IMPOSIÇÃO DAS SEGUINTE SANÇÕES: 1ª) RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR PARTE DE TODOS OS RÉUS, SOLIDARIAMENTE, PELO VALOR DOS CONTRATOS, EXCLUINDO A QUANTIA PAGA A TÍTULO DE CACHÊ, A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA; 2ª) PAGAMENTO DE MULTA CIVIL EQUIVALENTE A 01 (UMA) VEZ O VALOR DO DANO QUE FOR APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA; 3ª) PROIBIR OS RÉUS DE "contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário," pelo prazo de 03 (três) anos; 4ª) APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DOS RÉUS POR 05 (CINCO) ANOS". CONDENAÇÃO DOS RÉUS AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DA TAXA JUDICIÁRIA. SEM CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ANTE O PRINCÍPIO DA SIMETRIA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Quinta Câmara Cível

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, Processo nº 0001762-98.2014.8.19.0020, em que é Apelante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, e Apelados ANTÔNIO CARLOS PAGNUZZI ARAÚJO, CAMILA DE JESUS PONCE, JOÃO H. DE S. BARROSO-ME, JOÃO HERMÍNIO DE SOUZA BARROSO.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso.

Ж

Sustenta o órgão ministerial que a realização de espetáculos na cidade de Duas Barras, como parte de festejo religioso, não ensejaria a inexigibilidade de licitação, tal como previsto no **inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993**, caracterizando, pois, conduta ímproba que se ajusta a dois tipos de ato de improbidade administrativa previstos na **Lei nº 8.429/1992: inciso VIII e XI do artigo 10; inciso I do artigo 11.**

Confira-se as próprias palavras do representante ministerial, lançadas na petição inicial:

“Destarte, restou demonstrada a prática inequívoca de atos de improbidade administrativa, na medida em que, sem o procedimento licitatório, que foi dispensado indevidamente, permitiu-se a contratação ilícita da empresa demandada (**art. 10, VIII e XI, da Lei n.º 8.429/192**), em patente violação aos princípios administrativos, notadamente, como supra fundamentado aos da legalidade, moralidade, impessoalidade e probidade administrativa, ante à prática de atos visando fim ilícito (**art. 11, I, da Lei n.º 8.429/92**).”

Transcreve-se a seguir os dispositivos legais acima aludidos:

Lei nº 8.666/1993.

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição:
(...)



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Quinta Câmara Cível



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

Lei nº 8.429/1992.

“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 dispensá-lo indevidamente”.

XI – liberar verba pública sem a observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular”.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamentou diverso daquele previsto, na regra de competência

Os fatos em si estão ligados à contratação de 02 (dois) espetáculos musicais que ocorreram em praça pública.

O primeiro deles no dia 01/08/2008, com a banda Falamansa, realizado na sede do Município de Duas Barras por ocasião da festa da Padroeira, Nossa Senhora da Conceição, com dispêndio da quantia de R\$ 56.000,00.

O segundo no dia 06/09/2008, com o cantor Latino, realizado no Distrito de Monnerat por ocasião da festa da padroeira, Nossa Senhora da Guia, com dispêndio da quantia de R\$ 58.400,00.

No âmbito da Administração Municipal foram emitidos pareceres, com igual teor, nos dois processos administrativos instaurados com o intuito de verificar se seria possível a dispensa de licitação na contratação da empresa João H. de S. Barroso ME., conforme se vê a seguir:





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível



“Trata-se de pedido de contratação de profissionais do setor artístico, para apresentação na Festa da Padroeira Nossa Senhora da Guia, no Distrito Monnerat, Município de Duas Barras, nos dias 05, 06, 07 e 08 de setembro de 2008.

A Lei Federal n.º 8.666/93 dispõe no inciso III, do artigo 25, que tal contratação é permitida em face da singularidade do trabalho artístico, intimamente relacionado à pessoa humana.

Por outro lado, o aludido diploma legal autoriza a contratação em tais casos diretamente ou mediante empresário, desde que detenha contrato de exclusividade com aquele.

Desta forma, com base na Lei Federal n.º 8.666/93 opina-se pela inexigibilidade de licitação, tendo em vista a inviabilidade de competição”.

Grife-se, o parecer acima foi ratificado pelo então Prefeito, Antônio Carlos Pagnuzzi Araújo, ora 1º Réu.

Portanto, a Prefeitura de Duas Barras não entrou em negociação com a banda e o artista diretamente ou por meio de empresário exclusivo; ela contratou uma empresa para que assim o fizesse em seu nome.

Empresa esta que no mesmo ano de 2008 já fora contratada, com dispensa de licitação, para intermediar contratação de bandas durante o Carnaval.

Em 2009 o Tribunal de Contas do Estado realizou Inspeção Ordinária tendo apurado as seguintes irregularidades (processo administrativo n.º 219.604-1/09):

“Quanto à Formalização das dispensas e inexigibilidades.

I.1.6 - Nos processos de dispensas e inexigibilidades examinados, não constam a comprovação de publicação oficial, no prazo de cinco dias, que é condição de eficácia do ato, art. 26 da Lei 8.886/93.

(...)





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível

L 1.8 — Quanto à realização de contratação de firma na modalidade INEXIGIBILIDADE, tendo por “*base legal*” o art. 25, inciso III, Lei 8.666/93, para montagem de shows, que incluem, além do aluguel de equipamentos e infraestrutura (80% do valor) também os artistas, conforme evidenciado pela listagem fornecida contrariando o disposto na Lei Federal nº 8.666/93, uma vez que segundo o disposto no inciso III do art. 25, a inexigibilidade de licitação estaria condicionada a contratação de profissional de setor artístico, com comprovação de que o representante do mesmo é o empresário exclusivo.

1. 1.9 - Quanto à não especificação dos valores dos cachês dos artistas, nem justificativa dos mesmos nos processos de contratação de firma tendo por “*base legal*” o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93, em - violação ao disposto no art. 7º, § 2º, inciso II e § 4º, da Lei Federal n.º 8.666/93”.

Em razão das irregularidades que acabaram de ser discriminadas, e de outras apuradas pelo Corpo Instrutivo do Tribunal de Contas do Estado, foi aplicada pena de multa ao Prefeito Antônio Carlos Pagnuzzi Araújo no valor de R\$ 10.676,00, e encaminhado o teor constante do processo administrativo nº 219-604-1/09 ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o qual resolveu instaurar Inquérito Civil (nº 190/2012), que serviu de base para a propositura da presente ação civil pública.

Note-se, na petição inicial o *Parquet* descreveu o seguinte quadro fático que justificaria o acionamento judicial dos Réus:

“Na verdade, a contratação dos shows através da empresa JOÃO H DE S. BARROSO configurou uma burla à obrigatoriedade de licitação, já que tal sociedade não era a empresária exclusiva dos artistas contratados, mas mera intermediária, detendo a exclusividade apenas para as datas específicas das festas da cidade, realizadas tanto na sede do Município, quanto no Distrito de Monnerat, respectivamente nos dias 1º de agosto de 06 de setembro de 2008.

Com efeito, para configurar a hipótese de inexigibilidade de licitação, a contratação deve se dar diretamente com o artista ou através do seu empresário exclusivo, que é aquele que gerencia o artista de forma permanente.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Quinta Câmara Cível



Todavia, de acordo com os documentos acostados aos autos dos procedimentos administrativos n° 1462/2008 e 1607/2008 (fls. 03/64, do anexo I, em apenso ao IC 190/2012), podemos verificar que não havia verdadeira exclusividade.

(...)

Dessa forma, percebe-se que a empresa JOÃO H. DE S. BARROSO não era a empresária exclusiva de nenhum dos artistas contratados, SENDO APENAS UMA INTERMEDIÁRIA ENTRE O MUNICÍPIO DE DUAS BARRAS E OS EMPRESÁRIOS VERDADEIROS DAQUELES, razão pela qual não restou caracterizada a hipótese do art. 25, III, da Lei n° 8.666/93.

Cabe também notar que tais documentos foram firmados exclusivamente para os shows realizados nos dias 1° de agosto e 06 de setembro, concluindo-se que a empresa demandada já sabia que seria a escolhida pela Prefeitura Municipal de Duas Barras, para fazer a intermediação da contratação dos artistas, o que demonstra o evidente e indevido direcionamento da escolha feita pelo Município.

Portanto, é fácil concluir que a empresa contratada não possui exclusividade sobre os artistas contratados, vez que detinha exclusividade apenas na data desejada pela Administração, ou seja, a contratação se deu por meio de intermediário, fato que certamente onerou o valor de cada show.

(...)

Por fim, no que concerne às contratações de montagem dos shows, incluindo, o aluguel de equipamentos e infra-estrutura, indubitavelmente não resta englobada pela citada exceção à necessidade licitação prevista pela Lei n° 8.666/93”.

Entretanto, a magistrada de 1° grau julgou improcedentes os pedidos formulados pelo *Parquet*.

Considerou a juíza de 1° grau que, embora não se pudesse deixar de reconhecer que houve irregularidade na contratação, não se vislumbrava nela nenhum ato de improbidade administrativa,





tanto pelo viés do disposto no artigo 10 quanto pelo viés do disposto no artigo 11, ambos da Lei nº 8.429/1992.

Isso porque, sob sua ótica, não se vislumbrava *in casu* má-fé ou dolo na sua prática, além do mais não se comprovou que as quantias pagas à empresa intermediária estava fora do valor praticado no mercado.

Em outras palavras, para a juíza sentenciante a amplitude da irregularidade constatada ficou restrita ao campo da ilicitude, isto é, não se adentrou, na hipótese dos autos, no campo da improbidade administrativa propriamente dito.

Rememore-se que consta no *caput* do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993 que o acontecimento decisivo que torna inexigível a licitação é a “*inviabilidade de competição*”.

Sobre tal inviabilidade disserta a doutrina:

“as causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza.

Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado.

A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.

Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação.

São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso.

Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado.

Na segunda categoria, podem existir diversos sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível

O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas relaciona-se com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada.

Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas.

As considerações acima permitem configurar a inexigibilidade como situação em que a licitação, tal como estruturada legalmente, torna-se via inadequada para a obtenção do resultado pretendido.

A licitação não cumpre a função a ela reservada (seleção da proposta mais vantajosa) porque sua estrutura não é adequada a tanto.

Por outro lado, impor a licitação em casos de inexigibilidade conduziria a frustrar o interesse sob tutela estatal.

A Administração Pública ou não obteria proposta alguma ou selecionaria propostas inadequadas a satisfazer dito interesse”.
(Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, p. 274)

Tomando por norte as ponderações doutrinárias acima, sob todos os aspectos ali expostos, e as aplicando ao caso concreto, é de se concluir que nenhuma inviabilidade de competição aqui se apresentava a ponto de justificar a contratação da microempresa João H. de S. Barroso ME sem a efetivação de licitação.

Além do que, não se respeitou na hipótese *sub examine* outro elemento marcante do texto legal, agora inserto no inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993: “*empresário exclusivo*”.

Aliás, analisando essa questão específica manifestou-se este Tribunal quando do julgamento da Apelação Cível nº 0000362-94.2012.8.19.0060:

“Ademais, releva notar que a inviabilidade de competição não se esgota na consagração do artista, mas também impõe que tal contratação ocorra por meio de empresário exclusivo, o que incorreu *in casu*.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível



Isto porque a empresa PEDRO GARCIA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA tinha a suposta exclusividade apenas para a data dos shows, conforme declarações prestadas por terceiros, pessoas físicas e jurídicas, o que é de se causar estranheza, até mesmo pela proximidade da data do evento municipal, como se vê a fls. 21/33 da mídia eletrônica do processo administrativo junto ao TCE nº 227.418-0/05, o qual, frise-se, decidiu no sentido da ilegalidade da dispensa do procedimento licitatório em questão.

Assim, pode-se depreender tratar-se de burla a obrigatoriedade de licitação, vez que a sociedade é não era empresária exclusiva dos artistas contratados, figurando como mera intermediária, a par de não serem artistas consagrados”.

(TJ-RJ, Apelação Cível, processo nº 0000362-94.2012.8.19.0060, Rel. Des. Denise Levy Tredler, 21ª Câmara, j. 15/08/2017)

Com efeito, não há como negar que a contratação reiterada da microempresa como intermediária, sem licitação, revela uma conduta consciente de favorecimento a terceiro e, portanto, uma ação deliberada, premeditada, havendo, pois, indiscutível desvio normativo com o fito de violar, dentre outros, os deveres de imparcialidade (escolhendo não aquele que apresenta a melhor proposta, mas sim o preferido) e de legalidade (moralidade administrativa), que deve observar todo e qualquer agente público, ainda mais quando está em jogo gasto de recursos do erário.

Acresça-se, há um outro aspecto do caso em discussão que merece uma abordagem diferenciada, conforme apontado pelo Ministério Público em sua petição inicial:

“Nesse ponto, vale registrar que, em consonância com as notas fiscais acostadas às fls. 37 e 63 do IC 190/2012, em total afronta aos ditames fixados pela Lei nº 8.666/93, as contratações ora em comento, resultantes de processos de inexigibilidade de licitação, além de não discriminarem os custos unitários dos serviços prestados, englobaram a montagem dos shows, incluindo, o aluguel de equipamentos e infraestrutura (80% dos respectivos valores) ”





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível

Certo é que a inexigibilidade prevista no inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993 é aquela relacionada à "*contratação de profissional*".

Evidentemente que o texto legal não contempla o aluguel de equipamentos e infraestrutura, serviços de apoio, ou seja, serviços não ligados à atividade artística em si, como condição que permite a inexigibilidade de licitação, e, ainda que contemplasse, deveria ter sido o orçamento desses itens, obrigatoriamente, demonstrados em planilhas com detalhamento dos custos unitários, o que também não foi feito.

Na verdade, não tem cabimento falar em "*inviabilidade de competição*" quando se trata desses serviços de apoio.

Ora, se é de fácil constatação que os serviços de apoio não tem o condão de tornar, quanto a eles, inexigível a licitação, porque não expressamente incluído no inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, deve o Administrador Público, ao pretender contratar espetáculos artísticos, refutar qualquer tipo de condição imposta pelo artista ou seu empresário exclusivo, para que sejam aqueles incluídos no preço, uma vez que redundaria em dano ao patrimônio público, deixando claro que o tratamento diferenciado neste tipo de pacto, por envolver uma excepcionalidade, tem de seguir os limites legais.

E nem se diga que a existência de um parecer favorável da Procuradoria do Município, no sentido de recomendar a inexigibilidade de licitação, impeça a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

A respeito desse parecer, há pouco transcrito, de caráter meramente opinativo, acresça-se que é uma peça à qual não se pode chamar de "*parecer*", ante a sua gritante generalidade, podendo os seus termos serem aproveitados em qualquer processo administrativo de dispensa de licitação, independentemente das razões alegadas.

De qualquer maneira, é certo que emerge do acervo probatório produzido no caso ora em análise que se pode sim cogitar de "*ato visando fim proibido em lei ou regulamento*", ou seja, é indiscutível uma violação ao disposto no inciso I do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, pois os agentes públicos e os particulares (a microempresa e seu sócio majoritário) atuaram em conluio com os agentes públicos, sabendo todos que estavam praticando ato ilegal com o propósito de favorecimento de terceiro, nos exatos termos das observações doutrinárias abaixo transcrita:



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível



"A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º).

A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.

O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada.

A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem".

(José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª edição, Malheiros Editores, 2005, p.669).

No tocante à discussão aqui travada, é de ser realçado, ante a sua pertinência, um comentário feito pela Procuradora de Justiça em seu parecer de fls. 861-ejud, visto que todos os Réus alegaram a ausência de má-fé em suas respectivas atuações, vale dizer, sustentam que não se consumou conduta dolosa tanto da parte dos agentes públicos quanto dos particulares.

"(...)De outro giro, se considerarmos que nem ao particular o desconhecimento da lei isenta de crime (art. 21 do Estatuto Repressivo e art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), com mais razão não se pode minimizar os efeitos da conduta de quem ignora os postulados da atividade administrativa ou os interpreta de forma errônea para, após, invocar sua deficiência e/ou inabilidade técnica como justificativa para eximir-se da prática de improbidade".

Às afirmações supra se pode acrescentar aquelas feitas pelo Ministro Mauro Campbell Marques, do STJ, quando julgamento do Recurso especial nº 1.245.954/SP:





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Quinta Câmara Cível



“O magistrado precisa ter a sensibilidade de saber que, salvo nos casos de puerilidade extrema, não haverá demonstração cabal das circunstâncias objetivas e subjetivas ensejadoras que cercam o ato de improbidade, e sim um conjunto de indícios que possibilitará um convencimento neste sentido”.

Concluído que se pode atribuir aos Réus a prática de atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (inciso I do artigo 11), resta verificar se consumou igualmente ato de improbidade com prejuízo ao erário: incisos VIII e XI do artigo 10.

Em seu parecer recursal de fls. 861-ejud a Procuradora de Justiça afirma peremptoriamente a ocorrência de prejuízo ao erário:

“Não obstante, e como restou assentado na sentença ora atacada, o ajuste abrangeu outros serviços que não o “*artístico*”, a esses tendo sido indevidamente estendida a situação de inexigibilidade, notadamente por comportarem competição entre diferentes prestadores.

Frustrou-se, nesse particular, a obtenção de menor preço para os serviços ditos “*acessórios*”, o que, por si só, configura “*dano in re ipsa*”.

A magistrada sentenciante descartou a caracterização da violação prevista no artigo 10, inciso VIII e XI, porquanto não teria ocorrido efetivo prejuízo ao erário ou mesmo enriquecimento ilícito, visto que os artistas cumpriram com as suas obrigações contratuais, concluindo:

“Na presente hipótese, observe-se que não há nos autos qualquer prova de efetivo prejuízo causado ao erário, e nem de enriquecimento ilícito.

Os cantores contratados, efetivamente tocaram na festa da Padroeira Nossa Senhora da Conceição, em Duas Barras e na festa da padroeira Nossa Senhora da Guia em Monnerat.

Acrescente-se que não há qualquer prova de superfaturamento, nem mesmo o valor pago aos artistas contratados quando se apresentam em outros municípios, para que se pudesse ter um parâmetro.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível



Assim, em que pese o fato de ter havido irregularidade na contratação, não importa concluir que tal ato é Improbidade Administrativa, não se aplicando, portanto, o art. 10º da lei nº 8.429/92”.

Do trecho acima, retirado da fundamentação da sentença, se pode afirmar, inicialmente, que na hipótese *sub examine* a constatação do prejuízo ao erário não deve ser analisada somente à luz da execução ao contrato.

Tal constatação se faz à luz da configuração de irregularidade na contratação de uma empresa promotora de eventos para intermediar contato com bandas/cantores e providenciar apoio físico e logístico dos espetáculos, com inexigibilidade de licitação, empresa está, como já dito aqui, fora contratada sem realização de processo licitatório meses antes, quando dos festejos carnavalescos.

A jurisprudência abaixo transcrita bem define a realidade fática destes autos e lhe dá a exata dimensão jurídica:

“12. O dano à Administração Pública não decorre somente da diferença de preço, ou da ausência da prestação de serviço, mas da própria contratação irregular em si.

O fato de o contrato ter sido concluído não pode ser considerado em prejuízo dos demais princípios constitucionais, como os da legalidade, moralidade, impessoalidade e economicidade, porquanto não é dado ao administrador descurar-se da regra de que em direito público o que não expressamente permitido é proibido.

3. No caso ora em análise, os réus demonstraram conduta deliberada e de má-fé, conseqüentemente com dolo, violando a obrigatoriedade de licitação, visando unicamente benefício de terceiro, uma empresa, ainda que conscientes de situação claramente ilegal, que foi a contratação sem licitação, em prejuízo ao erário, configurando, portanto, o ato de improbidade previsto no art. 10, VIII, e art. 11 da Lei n. 8.429/92, valendo-se dos cargos para cancelar contratação mediante dispensa indevida”.

(STJ, AREsp nº 1.102.148/DF, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19/03/2018)





Visto sob este ângulo, se tem como certo que nenhuma justificativa plausível se apresenta para a contratação da empresa intermediária, ou seja, não há motivo para que a contratação com o artista/banda deixasse de ser feita diretamente ou por meio de empresário que detivesse a exclusividade.

Atente-se para os comentários feitos pelo Desembargador Eduardo de Azevedo Paiva quando do julgamento, em 25/01/2017, da Apelação Cível nº 0378114-52.2012.8.19.0001 – 18ª Câmara, examinando questão semelhante:

“Quanto a inexigibilidade de licitação prevista no inciso III, do art. 25, da Lei 8.666/93, a lei estabelece que para contratação de profissional de qualquer setor artístico, deve se fazer diretamente com o profissional ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

No que toca à consagração do artista em questão, por se tratar de renomado cantor da música popular brasileira, notoriamente consagrado pela crítica bem como pela opinião pública, dispensa maiores ilações.

Já no que se refere à alegação de que a sociedade empresária contratada não ostentaria a qualidade de empresária exclusiva do artista, é certo que a figura do empresário exclusivo não se confunde com o mero intermediário, pois, enquanto a primeira estabelece uma representação perene e duradoura, a segunda se restringe a determinada festividade em data certa, ou a curtos períodos de tempo.

O fato de ter adquirido com exclusividade o direito à representação do artista em determinada data e local não tem o condão de caracterizar a sociedade empresária requerida, Daniel Alves da Cunha Locação de Equipamentos EPP, como empresária do cantor para os fins do disposto no art. 25, III, da Lei 8.666/93, muito menos exclusiva.

Nestes termos, a mera declaração de exclusividade para um determinado dia, com finalidade de contratação com o ente público não preenche o requisito legal, tratando-se de artifício utilizado para burlar a exigência de licitação”.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Quinta Câmara Cível



Sobre o trecho da fundamentação da sentença há pouco transcrito se pode afirmar também que, ao contrário do que lá está dito, há sim prova do efetivo prejuízo ao erário.

A bem da verdade, no caso em discussão a contratação de empresa intermediária foi efetivada com dolo ou má-fé, isto é, com intenção de causar dano ao erário, visto que indisfarçável o propósito de favorecimento de terceiro, burlando o procedimento licitatório e, nessa trilha, evidente a consumação do ato de improbidade previsto nos incisos VIII e XI do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.

Sublinhe-se, o enquadramento jurídico para se afirmar o prejuízo ao erário no caso em tela é o que vem estampado a seguir:

“o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria, sendo despidendo perquirir cerca de finalidades específicas.

Em resumo: trata-se do '*dolo genérico*' ou simplesmente '*dolo*' (desnecessidade de '*dolo específico*' ou '*especial fim de agir*').

(STJ, EDcl no Ag. nº 1.092.100/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 31/05/2010)

A prova de tal intenção, ou seja, a prova do elemento subjetivo da conduta ímproba está no próprio comportamento dos Réus: frustraram conscientemente a realização de procedimento licitatório.

Qualquer pessoa leiga sabe que o procedimento licitatório é regra que deve preponderar na celebração dos contratos administrativos.

Do Administrador Público, por sua vez, se exige que tenha a obrigação de saber dessa circunstância e das hipóteses em que é aceita a inexigibilidade da licitação.

No que tange à inexigibilidade, é obrigação de todo administrador público, e dos particulares que contratam com o Poder Público, ter em mente que as hipóteses de inexigibilidade





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Quinta Câmara Cível

são excepcionais e, por isso mesmo, devem ser aplicadas de forma restritiva, devendo, pois, agir com a máxima cautela na aplicação delas.

“Sem embargo, não é porque é possível a contratação de artista mediante inexigência de licitação que o administrador não deve buscar a proposta mais vantajosa para o Poder Público, desatendendo o interesse público.

Em verdade, deve redobrar os cuidados para com a Administração nesse caso e se acautelar justificando especificadamente seus atos, o que não ocorreu no caso dos autos”.

(STJ, AREsp nº 594.067, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 09/11/2018)

A dispensa da licitação, com o intuito de privilegiar determinada empresa promotora de eventos, utilizando em relação a ela idêntico *modus operandi* em contratação artística anterior, gerou lesão ao patrimônio público, aos cofres públicos.

Não se pode olvidar, existem várias empresas atuando no mercado de eventos e o direcionamento da contratação à microempresa João H. de S. Barros ME frustrou a obtenção de proposta mais vantajosa.

Ademais, é inconcebível a inexigibilidade de licitação no que toca à aos gastos acessórios incluídos no preço, uma vez que o texto legal é categórico em prevê-la apenas em relação ao cachê pago ao artista.

A propósito, o contexto dos autos se encaixa no contexto descrito pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do STJ, quando do julgamento, em 30/10/2018, no AREsp nº 594.067:

“19. De fato, é imperioso promover-se distinção entre atos irregulares e atos ímprobos.

O caso, porém, não pode ser resolvido com simples aprimoramento da gestão pública, com a melhoria dos processos de acompanhamento das rotinas internas da Municipalidade, por órgãos correicionais, sendo necessária, na espécie, a intervenção da punitividade ao caráter da improbidade, dada a ilegalidade qualificada configurada”.



Por conseguinte, evidenciado que a inexigibilidade de licitação no caso em comento é uma "*ilegalidade qualificada*", porque não demonstrada a inviabilidade de competição na contratação de empresa intermediária, é de subsumir a conduta dos Réus tanto no que se refere ao tipo descrito nos incisos VIII e XI do artigo 10, quanto no inciso I do artigo 11, ambos da Lei nº 8.429/1992, passando-se agora à análise da conduta dos Réus para fins de aplicação das sanções previstas nos incisos II e III do artigo 12 do referido diploma legal.

O Ministério Público formulou na petição inicial os seguintes pedidos:

1 – pedido declaratório no sentido não ser possível reconhecer a inexigibilidade de licitação e, conseqüentemente, a nulidade do contrato celebrado com a microempresa João H. de S. Barroso ME;

2 – ressarcimento integral do somatório do valor dos pagamentos dos contratos celebrados visando a realização dos espetáculos artísticos em 01/08/2008 na sede do Município de Duas Barras (banda Falamansa) e no dia 06/09/2008 no Distrito de Monnerat (cantor Latino), que à época da distribuição do presente feito correspondia à quantia atualizada de 159.607,36;

3 – perda dos bens ou valores que foram acrescidos ilicitamente ao patrimônio;

4 – perda dos direitos políticos por 08 (oito) anos dos Réus pessoas físicas;

5 – pagamento de multa civil em até 02 (duas) vezes o valor do dano;

6 - proibição da microempresa João H. de S. Barroso e de seu sócio controlador João Hermino de Souza Barros de contratar com o poder público e/ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou diretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Quanto ao pedido declaratório comenta a doutrina:

“Além das sanções passíveis de serem aplicadas ao agente, também a nulidade do ato ilícito praticado deve ser perseguida, sendo esta normalmente um antecedente lógico daquelas.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível

Frise-se, ainda, que a técnica legislativa adotada pela Lei nº 8.429/1992, essencialmente voltada ao infrator, em nada impede, antes aconselha, a imprescindível declaração de nulidade do ato, o que é da própria essência do sistema pátrio de controle jurisdicional dos atos administrativos.

Não obstante, inexistindo pedido nesse sentido, nada impedirá a aplicação das sanções relativas ao ato de improbidade praticado pelo agente, restando sempre a possibilidade de anulação do ato em demanda diversas”.

(Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, in Improbidade Administrativa, Editora Lumen Juris, 2011, p. 501)

Sendo assim, é de ser acolhido o pedido de nulidade dos contratos celebrados entre o Município de Duas Barras e a microempresa João H. de S. Barroso, referente à contratação da banda Falamansa e do cantor Latino para apresentação pública em 01/08/2008 e 06/09/2008, respectivamente.

Entretanto, deve ser destacada a necessidade de se fixar um parâmetro geral quanto às aplicações das sanções previstas nos incisos II e III do artigo 12 da Lei nº 8.429/1992, cabíveis na hipótese dos autos.

E tal parâmetro vem delineado na forma disposta na jurisprudência:

“As penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas.

Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.). Precedentes do STJ”.

(STJ, REsp nº 765.212/AC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 02/03/2010)



Com relação à sanção de ressarcimento ao erário se impõe uma particularidade.

Certo é que o valor das contratações não foi destinado exclusivamente para a banda Falamansa e para o cantor Latino.

É o que apontou o Relatório do Tribunal de Contas do Estado, conforme já realçado no corpo desta decisão, que assim o fez com base nos respectivos orçamentos apresentados: o valor total de cada um deles englobou não somente o cachê, mas igualmente "*transporte, alimentação, hotel*".

Já nas notas fiscais emitidas para cada um dos espetáculos contratados constou que o valor total seria na proporção de 20% de mão de obra e 80% de infraestrutura e aluguel de equipamentos.

Considerando que ambos os espetáculos foram realizados, é justo então que o ressarcimento aos cofres públicos se circunscreva à parcela do valor pago que não correspondeu aos cachês destinados à banda Falamansa e ao cantor Latino, isto é, se circunscreva à parte do valor pago que correspondeu à infraestrutura e aluguel de equipamentos (atividades de apoio), a ser apurado em liquidação de sentença.

Ainda relativamente ao ressarcimento, não há como deixar de reconhecer que as circunstâncias do caso *sub examine* acarretam a solidariedade entre os Réus.

Não se pode olvidar que emergiu do conjunto probatório um conluio entre os Réus visando criar condições de aparência legal que, ao cabo, consubstanciasse a inexigibilidade de licitação, sob a alegação de que era inviável a competição, redundando na escolha de uma determinada empresa, fato esse que, como já se ressaltou, já havia ocorrido meses antes, quando foi ela contratada para a realização dos festejos de Carnaval, utilizando-se da mesma motivação.

O próprio trâmite administrativo da contratação é capaz de revelar a conjugação de esforços entre o então Prefeito, Antônio Carlos Pagnuzzi, e a então Secretária Municipal de Turismo, Camila de Jesus Ponce, visando favorecer determinada empresa e com isso burlar a efetivação de licitação: o primeiro passo da contratação consistiu no encaminhamento de solicitação ao chefe do poder executivo municipal pela Secretária de Turismo; o segundo passo consistiu na autorização do pagamento pelo Prefeito, com base num parecer absolutamente genérico de sua Procuradoria, por ele ratificado.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Quinta Câmara Cível



Já a microempresa contratada, representada pelo seu sócio majoritário, era a outra face da moeda: a beneficiária deste conluio.

Frise-se neste momento o disposto no artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa:

“Art. 3º. As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Além do ressarcimento solidário, que é uma recomposição do patrimônio público e, nesse sentido, não é propriamente uma sanção, há de ser imposta, consoante entendimento delas, isto é, não pode o ressarcimento figurar isoladamente como penalidade.

“(…)VI - Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações (REsp1.184.897/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de27/4/2011).

(STJ, AgInt no AREsp 1.200.672/AP Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. 14/08/2018)

E de fato o postula o *Parquet* a aplicação de outras penalidades.

A primeira delas é “*perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio*”.

A imposição desta sanção requer o preenchimento de uma condição específica: o dano ao erário deve vir acompanhado de enriquecimento ilícito.

Confira-se a reflexão da doutrina:

“Especificamente em relação à improbidade, esta sanção encontra-se prevista no art. 12, incisos I e II, da Lei nº 8.429/1992, preceito que elenca os feixes de sanções passíveis de serem aplicados ao ímprobo nas





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível



hipóteses de enriquecimento ilícito e dano ao erário (neste caso, sempre que houver o simultâneo enriquecimento).

(...)

Pressupõe a existência de uma evolução patrimonial contemporânea à atividade do agente público, e a incompatibilidade com a remuneração deste e do *extraneus* que tenha contribuído para a prática do ato ou com ele auferido benefícios, atingindo tanto os bens ou valores desviados do patrimônio público como aqueles recebidos de terceiros em razão da atividade exercida”.

(Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, in Improbidade Administrativa, Editora Lumen Juris, 2011, p. 523/524)

Entretanto, no caso concreto não se aplica a sanção da perda de bens e valores.

A hipótese dos autos se esgota na obrigação de ressarcimento pela razão seguinte: “*É importante não confundir a sanção de perda de bens ou valores com a obrigação de ressarcir o dano causado ao patrimônio público, o que evitará uma duplicidade de punições com idêntico fundamento*” (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, in Improbidade Administrativa, Editora Lumen Juris, 2011, p. 525)

Registre-se, sem dúvida a condenação à perda de bens e valores caracterizaria no caso em discussão “*uma duplicidade de punições com idêntico fundamento*”.

Pedi mais o Ministério Público: a suspensão por 08 (oito) anos os direitos políticos do então Prefeito e da então Secretária Municipal de Cultura e Turismo, bem como do sócio majoritário da microempresa.

Esses 08 anos correspondem ao tempo máximo de suspensão em tendo havido aplicação da sanção de ressarcimento.

Decerto que na aplicação das medidas de natureza sancionatória, elencadas na Lei de Improbidade Administrativa, deve o julgador se nortear pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A meu sentir, a conduta do Prefeito, da Secretária e do sócio majoritário não enseja a aplicação da suspensão dos direitos políticos.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível

Sabe-se que a suspensão dos direitos políticos é a modalidade de sanção mais drástica dentre aquelas de cunho pessoal e que, por isso mesmo, está mais atrelada ao grau de culpa no atuar ilícito.

Sob esse enfoque, somente para aqueles que cometem ato de improbidade com grau de culpabilidade superlativo é que são destinadas todas as modalidades de sanção previstas no texto legal.

A punição e a repressão, que são o fim maior das sanções, é objetivo que deve obedecer a uma gradação de culpa.

O grau de culpa correspondente ao ilícito praticado pelos Réus está numa gradação intermediária.

No caso presente não pode ser desconsiderada atenuante significativa para fins de fixação das sanções: a realização dos espetáculos.

Desse modo, não cabe aqui a suspensão dos direitos políticos, pois sua imposição caracterizaria um desvio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Exprime bem esse posicionamento a transcrição seguinte:

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE PENALIDADES. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. GRAVIDADE DOS FATOS. POSSIBILIDADE DE DECOTAMENTO. PROPORCIONALIDADE ENTRE O ATO PRATICADO E AS SANÇÕES IMPOSTAS.

1. É possível a revisão das penalidades aplicadas em ações de improbidade administrativa em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas.

2. "A jurisprudência desta Corte tem mitigado a imposição da sanção de direitos políticos nas condenações por ato de improbidade, por ser a mais drástica das penalidades estabelecidas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, devendo ser considerada a gravidade do caso, e não a das funções do acusado" (REsp 1228749/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 29/04/2014).



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível



3. Caso concreto em que o agravado foi condenado pela prática de ato de improbidade administrativa consubstanciado na autorização de uso de dinheiro público com a finalidade custear despesas de viagem de servidora municipal, bem como despesas próprias de transporte aéreo relacionadas a atividades privadas.

4. Hipótese em que a aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos não atenderia os vetores da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente quando considerado que o ato ímprobo sequer guarda relação com qualquer espécie de atividade político partidária.

5. Dentre as penas antes aplicadas, remanesceram o ressarcimento ao erário dos valores indevidamente utilizados e o pagamento de multa civil correspondente a 3 (três) vezes o valor das passagens emitidas e 2 (duas) vezes o preço das emitidas em benefício da servidora.

6. Agravo interno a que se nega provimento”.

(STJ, AgInt no REsp nº 1.572.616/MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 19/06/2018)

Contudo, o afastamento da sanção de suspensão dos direitos políticos na hipótese em tela não implica no afastamento da aplicação das demais sanções pleiteadas pelo *Parquet*.

Note-se, *in casu* não há como se fazer uma valoração diferenciada entre a conduta do agente público e do agente privado, já que se trata de situação de conluio; ambos serão, pois, sancionados com a mesma intensidade.

Dito isso, se parte para o exame da pertinência do pedido de condenação dos Réus ao pagamento de multa civil “*em até 02 (duas) vezes o valor do dano*” (inciso II do artigo 12 da LIA), conforme manifestado pelo Ministério Público em sua petição inicial.

De logo, é de ser consignado que a imposição de multa civil e de ressarcimento ao erário não se confundem, já que possuem natureza jurídica diversa.

O toque angular que justifica a aplicação da multa civil é a punição do agente ímprobo.

E punir no ponto central do ilícito praticado, que nestes autos é o ressarcimento do dano. Reconhecido o dever do pagamento da multa deve ser feito um esclarecimento.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Quinta Câmara Cível



Repare-se, da forma como pediu o *Parquet* na inicial a condenação ao pagamento de multa civil, uma vez imposta, seria extensivo a todos os Réus, aí incluída a microempresa intermediária.

Porém, a multa se destina ao “*agente*”, seja público ou privado, de modo que ela deverá ser suportada pelo Ex-Prefeito, pela ex-Secretária e pelo sócio majoritário da empresa intermediária.

O quantitativo que melhor se ajuste às particularidades do caso concreto é que seja ele fixado em 01 (uma) vez o valor do dano que for apurado em liquidação de sentença.

Por fim, pugna o órgão ministerial que a microempresa João H. de S. Barroso e o seu representante legal, João Hermino de Souza Barbosa, sejam proibidos de “*contratar com o Poder Público e/ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de até 10 (dez) anos*”.

É interessante trazer à colação neste momento o seguinte comentário:

“(…)9. Ademais, a tutela do interesse público realizada pela Lei de Improbidade Administrativa não está adstrita apenas à reparação de conteúdo econômico (ressarcimento ao erário e multa civil), prevendo-se sanções que repercutem nos interesses do réu, como a suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.
(STJ, REsp nº 1.660.381/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma. J. 21/08/2018)

Faz-se agora um reparo. O prazo de 10 (dez) anos pretendido pelo Ministério Público diz respeito aos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º da LIA).

Acontece que o Ministério Público, em sua petição inicial, não formulou pedido de enquadramento dos Réus com base no artigo 9º da LIA, mas sim nos artigos 10 e 11.

Como bem restou demonstrado nos autos, a essência do ato ímprobo está no favorecimento consciente por parte do então Prefeito Municipal, coadjuvado pela sua Secretária de Cultura e Turismo, de uma determinada empresa, já experiente em se relacionar com o Poder Público,





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Quinta Câmara Cível



favorecimento este materializado no campo jurídico sob a forma de inexigibilidade de licitação, porque seria inviável a competição.

No campo comportamental das partes envolvidas, é certo que nenhum dos lados da relação obrigacional pode alegar desconhecimento das regras atinentes aos certames licitatórios.

Diante deste panorama, o elemento central que justifica a aplicação dessa sanção é a ausência de idoneidade e, como eloquentemente enfatizam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *"Essa característica, prima facie, não será encontrada naquele que infringiu os princípios da legalidade e da moralidade, vindo a praticar atos de improbidade em detrimento do interesse público. Assim, é plenamente justificável que lhe seja defeso contratar com o Poder Público"* (idem, p.583).

No caso em debate, é indiscutível que a microempresa e o sócio majoritário devem sofrer os efeitos da proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, e a razão para tanto vem exposta a seguir:

“12. Ao contrário do que afirma a parte agravante, não se vislumbra qualquer desproporcionalidade na proibição imposta de contratar com a Administração, tendo em vista que, como consignado pelo Tribunal de origem, trata-se de *"medida pedagógica que não poderia faltar, já que a improbidade assentou-se nessa seara"* (fl. 1.490).

13. De fato, *"a ação de improbidade se destina fundamentalmente a aplicar as sanções de caráter punitivo acima referidas, que têm a força pedagógica e intimidadora de inibir a reiteração da conduta ilícita"* (Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Voto Vista no REsp 664.440/MG, DJU 06/04/2006).

14. Caso concreto em que o ato de improbidade administrativa em tela foi praticado justamente na celebração de contratos com a Administração Pública, torna-se absolutamente razoável que aos ora agravantes seja também aplicada a pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos, nos termos da sentença condenatória. Outrossim, tendo ela sido fixada no mínimo legal, não se pode falar em desproporcionalidade”.

(AgInt no REsp nº 1.443.630/GO, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, 24/04/2018)





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Quinta Câmara Cível



Relativamente ao prazo de proibição, o cenário que se apresenta nos presentes autos recomenda, razoável e proporcionalmente, que seja fixado em 03 (três) anos.

Nesses termos, é de ser provido em parte o Apelo interposto.

Derradeiramente, deixa-se de condenar os Réus ao pagamento de honorários advocatícios, ante a aplicação *in casu* do princípio da simetria (*"Dentro da absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública"* – STJ, REsp nº 1.302.105/SC).

Ante o exposto, VOTO no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para julgar procedente em parte os pedidos e:

1 – declarar a nulidade dos contratos administrativos que foram celebrados visando a contratação da banda Falamansa para apresentação pública no dia 01/08/2008 (festa da Padroeira Nossa Senhora da Conceição) na sede do Município de Duas Barras; visando a contratação do cantor Latino para apresentação pública no dia 06/09/2008 (festa da Padroeira Nossa Senhora da Guia) no Distrito de Monnerat.

2– Imputar aos Réus a prática de improbidade administrativa capituladas nos incisos VIII e XI do artigo 10 e inciso I do artigo 11, da Lei nº 8.429/1992 e, conseqüentemente, condená-los, solidariamente, ao ressarcimento do dano ao erário municipal, pelo valor dos contratos celebrados visando a contratação da banda Falamansa e do cantor Latino, que exceder à parte relativa ao cachê de ambos, a ser apurado em liquidação de sentença.

3 – impor aos Réus Antônio Carlos Pagnuzzi, Camila de Jesus Ponce e João Hermino de Souza Barroso, solidariamente, o pagamento de multa civil correspondente a 01 (uma) vez o valor do dano ao erário, apurado na forma do item "2".

4- proibir os Réus João H. de S. Barroso ME e João Hermino de Souza Barroso de *"contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário,"* pelo prazo de 03 (três) anos.

Condena-se os Réus, solidariamente, a arcar com o pagamento das custas e da taxa judiciária.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Quinta Câmara Cível



Sem condenação em honorários advocatícios.

Rio de Janeiro, 19 de março de 2019.

JACQUELINE LIMA MONTENEGRO
Desembargadora Relatora

