APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5005586-75.2010.404.7002/PR

RELATOR	**:**	**CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ**
APELANTE	**:**	**PAULO MAC DONALD GHISI**
ADVOGADO	**:**	**Munirah Muhieddine**
	:	**FERNANDO MUNIZ SANTOS**
	:	**Rodrigo Muniz Santos**
APELANTE	**:**	**ROGERIO ROMANO BONATO**
ADVOGADO	**:**	**marcia miglioli de carvalho hauptman**
APELANTE	**:**	**THE RALDO ESTUDIO DE ARTE E PROPAGANDA LTDA**
	:	**ZIRALDO ALVES PINTO**
ADVOGADO	**:**	**FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES**
APELADO	**:**	**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
INTERESSADO	**:**	**UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MALVERSAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS ORIUNDAS DO CONVÊNIO N. 503/2005 FIRMADO ENTRE O MINISTÉRIO DO TURISMO E O MUNICÍPIO DE FOZ DO IGUAÇU À REALIZAÇÃO DO 3º FESTIVAL INTERNACIONAL DO HUMOR GRÁFICO DAS CATARATAS DO IGUAÇU. PRELIMINARES - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. PRELIMINARES REJEITADAS. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DEDUZIDA - MODIFICAÇÃO PARCIAL DO JULGADO. PENALIDADES DA LEI N. 8.429/92 - APLICAÇÃO A MODO INDIVIDUALIZADO EM FACE DOS AGENTES ÍMPROBOS. SUCUMBÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO.

1. Em sede de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, não há falar na existência de litisconsorte passivo necessário entre o particular, a quem se imputa a prática de ato ímprobo, e todos os agentes públicos que concorreram para a prática do ato vergastado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. A competência ao processo e julgamento da lide é da Justiça Federal porque, não obstante a aprovação mencionada pelo Ministério do Turismo, a própria União está insurgindo-se contra o ato administrativo em causa no momento em que postulou e teve deferido o seu ingresso como assistente simples no Ministério Público Federal, na condição de autor desta ação. Isso, por si só, já atrairia a competência para a Justiça Federal. O próprio Ministério do Turismo é um órgão que faz parte da pessoa jurídica de direito público, União, de modo que ela não concordou com esse ato e procura, pelo menos em tese, ao se associar ao Ministério Público nesta ação, a desconstituição do mesmo, de modo que, por esse motivo simples, já se verifica a hipótese de competência da Justiça Federal à lide.

3. Analiso a equação fática imanente à lide -

1) em 03/10/2005, iniciaram-se as tratativas para a realização do 3º Festival Internacional do Humor Gráfico das Cataratas do Iguaçu, no Município de Foz do Iguaçu/PR - o evento tinha por objetivo promover e divulgar o turismo em Foz do Iguaçu/PR e consolidar as ações iniciadas em 2003 por ocasião da primeira edição do festival;

2) à assessoria na execução do III Festhumor, previu-se a contratação do réu Ziraldo Alves Pinto sob a modalidade de inexigibilidade de licitação ao argumento de ser profissional consagrado e de notória especialização;

3) o plano de trabalho atinente aos serviços exclusivos do réu Ziraldo Alves Pinto previu inicialmente um gasto de R$ 135.000,00; e, ao depois, restou majorado à base de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

4) em 08/12/2005, foi assinado o Convênio n. 503/2005 entre a União, através do Ministério do Turismo, e a Prefeitura de Foz do Iguaçu/PR para 'operacionalizar a liberação dos recursos financeiros necessários à realização do 3º Festival'; o aporte de recursos federais à realização do referido Festival de Humor foi na ordem de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e, o do Município de Foz do Iguaçu/PR, na base de R$ 21.500,00 (vinte e um mil quinhentos reais). A execução do Convênio deu-se no período de 08/12/2005 a 25/02/2006;

5) ao desenvolvimento das atividades do réu Ziraldo Alves Pinto, verificou-se a contratação com inexigibilidade de licitação da empresa The-Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda, cujo sócio-administrador é o nominado réu;

6) não se indigita dos autos a existência de contrato escrito entre a Prefeitura de Foz do Iguaçu/PR e a empresa The-Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda à disciplina da prestação de serviços pelo réu Ziraldo Alves Pinto;

7) em 03/01/2006, a Prefeitura Municipal de Foz do Iguaçu/PR realizou o depósito em dinheiro na conta corrente da empresa The-Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda - junto ao Banco do Brasil - do importe de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) acordado à participação do réu Ziraldo Alves Pinto no Festival;

8) em 03/01/2006, a Secretaria Municipal de Turismo do Município de Foz do Iguaçu/PR emitiu a Nota de Liquidação n. 1-11.265/2005 data 3/1/2006 no importe de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

9) em 09/01/2006 às 10h49min, a Prefeitura do Município de Foz do Iguaçu abriu o Processo n. 00032852, tendo como requerente 'Estudio de Arte e Propaganda Ltda' (CNPJ 01316602000115) e como objeto a 'Cobrança de Fatura referente a NF 000923 R$ 200.000,00';

10) em 09/01/2006, a empresa Estudio de Arte e Propaganda Ltda deduziu requerimento nos autos do Processo n. 32.852 'com o objetivo de requere Cobrança de Fatura' referente a NF 000923 R$ 200.000,00

11) em 13/04/2006, a Prefeitura do Município de Foz do Iguaçu, na pessoa do Prefeito Paulo Mac Donald Ghisi, encaminhou a prestação de contas atinente ao Festival para o Ministério do Turismo (Ofício n. 260/06-GP);

12) em 12/07/06, o réu Paulo Mac Donald Ghisi, na condição de Prefeito do Município de Foz do Iguaçu/PR, expediu o Ofício n. 619/06-GP ao Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Turismo, prestando os esclarecimentos requestados à análise da prestação de contas;

13) em 28/08/2006, o Ministério do Turismo emitiu a Nota Técnica de Re-Análise n. 089/2006 relativa à prestação de contas do Município de Foz do Iguaçu/PR, indicando a devolução do valor de R$ 216.494,40 (duzentos e dezesseis mil quatrocentos e noventa e quatro reais e quarenta centavos) aos cofres federais ;

14) em 13/11/2006, o Vereador da Câmara Municipal de Foz do Iguaçu/PR, Sr. Valentin Gustavo da Silva, encaminhou ao Presidente daquele órgão o Requerimento n. 176/2006, pelo qual requeria informações do Prefeito Municipal sobre a notícia divulgada em veículo de comunicação que apontava à não aprovação das contas do Festhumor/2005 pelo Ministério do Turismo;

15) em 27/11/2006, o réu Paulo Mac Donald Ghisi, na condição de Prefeito do Município de Foz do Iguaçu/PR, expediu o Ofício n. 1218/06-GP ao Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Turismo, prestando os esclarecimentos requestados à prestação de contas;

16) Em 20/12/2006, o réu Paulo Mac Donald Ghisi, na condição de Prefeito do Município de Foz do Iguaçu/PR, expediu o Ofício n. 1333/06-GP ao Presidente da Câmara Municipal de Foz do Iguaçu/PR em resposta ao Requerimento n. 176/2006, de autoria do Vereador Valentin Gustavo da Silva;

17) em 28/03/2007, o Ministério do Turismo emitiu a Nota Técnica de Re-Análise n. 116/2007, manifestando-se pela não aprovação das contas;

18) em 02/05/2007, através do Ofício n. 645/2007/SPOA/SE/MTur, o Ministério do Turismo presta informações ao Vereador Valentin Gustavo da Silva acerca dos 'questionamentos feitos com relação ao convênio CV 503/2005 celebrado entre a Prefeitura Municipal de Foz do Iguaçu e este Ministério' através das quais noticia que 'aceitou a justificativa encaminhada pela Prefeitura Municipal de Foz do Iguaçu, que atendeu ao que foi solicitado pela Nota Técnica de Re-Análise n. 089/2006';

19) em 14/05/2007, através do Ofício n. 1015/2007/SPOA/SE/Mtur, o Ministério do Turismo informou ao réu Paulo Mac Donald Ghisi, na condição de Prefeito do Município de Foz do Iguaçu/PR, que as

'impropriedades e/ou irregularidades constantes da Nota Técnica n.º 089/2006 foram regularizadas', restando aprovada a Prestação de Contas.

Essa é a equação fática que se verifica imanente à lide.

Os elementos cognitivos que compõem o caderno processual demonstram a existência de irregularidades perpetradas pelos réus quando da realização do 3º Festival de Humor no Município de Foz do Iguaçu/PR, irregularidades essas atinentes à utilização de verba oriunda de convênio federal. A v. sentença recorrida analisou a modo percuciente a equação fática imanente à lide em cotejo com a legislação de regência. *In verbis* -

'(...)

II - Fundamentação

Não há preliminares a serem enfrentadas.

Cuida-se de ação civil pública de improbidade administrativa em virtude da suposta prática de atos de improbidade quando da realização do evento '3º Festival Internacional de Humor- Gráfico das Cataratas do Iguaçu', despendido com recursos públicos federais - advindos do Ministério do Turismo (R$ 200.000,00) - , estaduais e municipais, cujo projeto teria sido idealizado pelos requeridos Rogério Bonato e Ziraldo Alves Pinto, conforme consta no expediente encaminhado pelo primeiro ao requerido Paulo Mac Donald Ghisi (sic - evento 1, INIC1).

Os atos ímprobos apontados na inicial seriam, em resumo, decorrentes da: a) majoração de valores correspondentes às metas do Plano de Trabalho em relação aos estimados no projeto inicial para as atividades a serem desenvolvidas por Ziraldo Alves Pinto, de R$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais) para R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), sem qualquer justificativa; b) contratação, por inexigibilidade de licitação, da empresa The-Raldo Estúdio de Arte e Propaganda Ltda., ao invés de Ziraldo Alves Pinto (argumento utilizado para não realizar licitação), além de serem prestados serviços bastante diversos daqueles relacionados exclusivamente à produção artística, quando a licitação era absolutamente necessária (processo de inexigibilidade de licitação nº 025/2005); c) não foi(ram) encontrado(s) contrato(s) celebrado(s) entre o Município de Foz do Iguaçu-PR e a pessoa jurídica The-Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda.

Ao final, aponta violação ao art. 25, inciso III, e art. 62, ambos da Lei nº 8.666/93 e a incidência dos requeridos no art. 10, inciso VIII e art. 11, caput, ambos da Lei nº 8.429/92.

A) CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei 8.429/92, normatizando em nível infraconstitucional o § 4º do art. 37 da CF/88, dispôs que os agentes públicos, servidores ou não, que atentem contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem assim das outras entidades mencionadas em seu art. 1º e respectivo parágrafo único, estão sujeitos às penalidades nela previstas, cabendo ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada a propositura da ação correspondente (art. 17).

São previstas três ordens de atos de improbidade na Lei 8.429/92: a) os que importam em enriquecimento ilícito do agente; b) os que causam lesão

ao patrimônio público; e c) os que atentam contra os princípios da administração pública.

É cediço que, pela redação do caput dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 - constitui ato de improbidade administrativa ..., e notadamente: ... (grifei) -, o rol dos atos de improbidade não é exaustivo (numerus clausus), porém meramente exemplificativo (numerus apertus).

Destarte, outros atos não relacionados nos incisos dos arts. 9º, 10 e 11 podem ser enquadrados como ímprobos, desde que lesivos à administração pública. Nesse sentido a opinião de ALEXANDRE DE MORAES (in Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, pp. 2.657, 2.660 e 2.661).

Estas, em linhas gerais, as principais características da legislação aplicável ao caso.

Feitas essas considerações, passo ao exame de cada um dos fatos imputados aos réus.

B) CONTRATAÇÃO DA EMPRESA THE-RALDO ESTUDIO DE ARTES E PROPAGANDA MEDIANTE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A legislação de regência autoriza expressamente a contratação mediante inexigibilidade de licitação, nas hipóteses em que se mostrar inviável a competição. Tal é o que deflui do contido no art. 25 da Lei n° 8.666/93, in verbis:

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

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

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

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

§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2o Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado

à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

A própria literalidade do dispositivo sob enfoque, ao utilizar-se da expressão 'em especial...', denota que as hipóteses de inexigibilidade enumeradas nos respectivos incisos não é exaustiva, admitindo, portanto, outras situações não elencadas de modo específico. Nesse sentido o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Outras hipóteses de exclusão de certame licitatório existirão, ainda que não arroladas nos incisos I a III, quando se proponham situações nas quais estejam ausentes pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios (Curso de Direito Administrativo, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004. p. 504).

A propósito da inviabilidade de competição referida no caput da norma acima citada, é oportuno trazer à colação a lição do mesmo doutrinador:

São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes.

Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame, por falta de seus 'pressupostos lógicos', em duas hipóteses:

a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito. Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá oferecê-lo;

b) quando só há um ofertante, embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito. (Curso de Direito Administrativo, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004. p. 497).

No que toca especificamente à contratação de profissional do setor artístico por meio de inexigibilidade, exige a lei, além da comprovação da inviabilidade de competição, a demonstração de que o profissional é consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

No que se refere à esse último requisito - ou seja, a consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada -, aponta Marçal Justen Filho que se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude. Segundo o mesmo autor, essa é a razão pela qual exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o sujeito apresenta virtudes no desempenho de sua arte (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9 ed. p. 283).

Já no que diz respeito à contratação de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, é importante salientar, na esteira da fundamentação contida no item III supra, que o art. 25, II, da Lei n° 8.666/93 a proíbe, de modo expresso, no que se refere a serviços de publicidade e divulgação.

De outra banda, como se trata de exceção à regra geral de que o Poder Público sempre contrate obras, serviços, compras e alienações mediante

procedimento licitatório público que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, XXI, da CF), estabelece a lei a necessidade de que a inexigibilidade seja devidamente justificada, devendo o respectivo processo, ainda, ser instruído com determinados elementos, a depender da situação.

Tal é o que se infere do disposto no art. 26 da Lei de Licitações, a seguir transcrito:

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;

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'.

Pois bem. Feitas estas considerações iniciais, passo a analisar o caso concreto.

De acordo com o que consta nos autos, a empresa The-Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda, de propriedade de Ziraldo Alves Pinto, foi contratada mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, inciso III, da Lei n° 8.666/93, para a assessoria na execução: elaboração da programação do evento 3º Festival do Humor; ação de relações públicas; cessão de imagens; divulgação do evento e captação de cartunistas; organização do júri; desenho arte e criação do material gráfico e eletrônico do Festival 2005.

A contratação em questão foi precedida do processo de Inexigibilidade de Licitação n° 025/2005 (evento 1), não restando formalizada por meio do contrato.

Observa-se, portanto, que o fundamento legal invocado para a declaração de inexigibilidade de licitação em questão foi o art. 25, III, da Lei n° 8.666/93, ou seja, a contratação de profissional do meio artístico consagrado pela opinião pública.

Nesse ponto, cabe observar que o ora imputado Ziraldo Alves Pinto efetivamente se trata de artista de renome e prestígio nacional e internacional, o que, nada obstante constitua fato público e notório, é bem demonstrado pela extensa biografia e currículo acostados aos autos, os quais instruíram o respectivo processo de inexigibilidade (evento 167, OUT2 a OUT6).

Em conformidade com tais documentos, percebe-se que Ziraldo Alves Pinto iniciou sua carreira artística há cerca de 50 anos, atuando como caricaturista, cartunista, humorista, ilustrador, artista gráfico, autor de livros infantis, dramaturgo e jornalista. Já publicou dezenas de obras, sobretudo

infantis, dentre as quais se destaca 'O Menino Maluquinho', que vendeu mais de um milhão de exemplares e o consagrou com escritor infantil. Figura como colaborador em diversos periódicos, como 'O Cruzeiro', 'Manchete', 'Jornal do Brasil', 'Senhor', 'Fairplay', 'Playboy', 'Pasquim', 'Palavra', 'Bundas', 'O Pasquim 21'. Além disso, foi agraciado com diversos prêmios, inclusive internacionais, como o 'Oscar Internacional de Humor', de Bruxelas (1969).

Anote-se, aliás, que o destaque e a notoriedade de Ziraldo são também confirmados pelos documentos acostados aos autos em cotejo com a prova testemunhal produzida sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Destaco, nesse particular, os trechos de alguns dos depoimentos em que se faz alusão a esse fato:

Testemunha Elson de Jesus Marques: Disse que a figura de Ziraldo foi determinante para o sucesso do evento diante de sua repercussão na publicidade, especialmente no meio artístico.

Testemunha João Adelino de Souza: Afirmou que considera Ziraldo um dos maiores cartunistas do Brasil, reconhecendo sua notoriedade. Disse que foi relevante a figura de Ziraldo associada ao 3º Festival do Humor, fator que foi determinante ao sucesso do evento.

Testemunha Felipe Santiago Gonzales: Afirmou que Ziraldo é um artista reconhecido internacionalmente, daí sua importância no sucesso que foi o evento.

Testemunha Wilmar Andreola: Destaca a notoriedade de Ziraldo, assim como sua participação fundamental para o sucesso do festival do Humor.

Diante desses elementos, entendo que o ora imputado efetivamente se trata de artista consagrado pela opinião pública e também pela crítica especializada.

Outrossim, o simples fato de ter ocorrido a utilização da contratação da pessoa jurídica (The Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda.), ao invés da pessoa física (Ziraldo Alves Pinto), entendo que se trata de hipótese clara de elisão fiscal, consistente na procura de meios legais visando aliviar a pesada carga tributária incidente sobre o cidadão brasileiro.

Ora, é inaceitável que um profissional notório no meio artístico-cultural não possa se apresentar sob a roupagem de pessoa jurídica, a qual traduz forma menos onerosa de tributação, simplesmente para não perder a característica de notoriedade, sob o apanágio da separação das personalidades jurídicas dos sócios e da empresa, eis que tal entendimento vai de encontro ao valor caro da liberdade de expressão artística que deve ser protegida e incentivada em sua máxima extensão, em um Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, considero extensível à pessoa jurídica The Raldo, da notoriedade e reconhecimento público do trabalho de seu sócio-administrador Ziraldo Alves Pinto.

Destarte, a rigor, não há como identificar os serviços prestados com serviços de mera publicidade e divulgação do evento, pois a peculiar característica das obrigações assumidas e o seu caráter intuitu personae de fato indicavam tratar-se de contrato de natureza eminentemente artística e não propriamente publicitária (hipótese do art. 25, II, da Lei de Licitações).

Não há, no meu sentir, qualquer improbidade administrativa envolvendo o ato de contratar pessoa física, com notória especialidade, sob a roupagem de pessoa jurídica.

Aliás, essa foi a mesma conclusão da ação civil pública n 2006.70.02.005513-8, tramitada nesta mesma 2ª Vara Federal, atualmente em grau de recurso no eg. TRF da 4ª Região, envolvendo a contratação do 1º Festival Internacional de Humor Gráfico das Cataratas, ocorrido em 2003/2004.

Rejeito, no particular, o pedido do Parquet Federal.

C) CONTRAÇÃO, EXECUÇÃO E PAGAMENTO DOS SERVIÇOS SEM FORMALIZAÇÃO DE CONTRATO ENTRE AS PARTES

Indo diretamente ao cerne da questão, tenho como questão incontroversa a inexistência de formalização de contrato escrito entre o Município de Foz do Iguaçu e a empresa The Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda envolvendo a realização do '3º Festival Internacional de Humor Gráfico das Cataratas do Iguaçu'.

Cumpre estabelecer, portanto, qual a consequência jurídica envolvendo a contratação, execução e pagamento do valor acordado em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) sem a existência de contrato formal que documentasse os direitos e obrigações das partes, principalmente pelo ente municipal, com verba oriunda do cofre público federal.

Tentam argumentar as defesas de Rogério Romano Bonato, de Ziraldo Alves Pinto e da empresa The Raldo que o termo formal de contrato, no caso em disceptação, ser facultativo (dispensável), tendo em vista a possibilidade de substituição por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço (art. 62, caput, da Lei nº 8.666/93); Defende, também, a defesa dos últimos que, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei de Licitações, não necessitaria de contrato, diante de se enquadrar na hipótese de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

Sem maiores delongas, rejeitam-se tais argumentos, uma vez que a aplicação da norma insculpida na parte final do caput do art. 62 da Lei de Licitações não pode ser dissociada da compreensão da regra primeva, a qual estipula que 'O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação'.

Em outras palavras, a contratação pública, com inexigibilidade de licitação, envolvendo prestação de serviços orçados em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) encaixa-se na primeira parte na norma supradeclinada (exigindo o termo de contrato), ao passo que não há a correspondente subsunção na parte relativa a ser facultativa sua instrumentalização, tendo em vista que, ou se encaixa na primeira parte da norma, sendo aquela obrigatória, ou não se enquadrando, facultativa. Explica-se.

A doutrina mais abalizada leciona que só é aplicável a facultatividade do termo contratual nas licitações mais comezinhas; nos casos de pequenas compras de pronto pagamento; nas licitações na modalidade convite;

nas dispensas e inexigibilidades cujos valores não estejam compreendidos entre os das modalidades tomada de preços e na concorrência e compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica, independentemente do valor apresentado (art. 62, §4º).

Em tais situações o instrumento de contrato é dispensável, sendo necessária a sua substituição por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço (art. 62, caput).

Veja-se que o presente feito não se enquadra em nenhuma das possibilidades supramencionadas, destacando-se ainda o fato de que o valor referente ao evento em questão situa-se dentro dos limites das modalidades de concorrência e tomada de preços, ou seja, inexistente qualquer justificativa para o afastamento do instrumento contratual.

Sobre o assunto, segue o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

É vedado tomar serviços sem cobertura contratual e devem ser adotadas (com antecedência) as medidas necessárias para prorrogação ou renovação dos contratos imprescindíveis ao funcionamento dos órgãos (Acórdão nº 1.854/2005 TCU - 1ª Câmara).

É vedado adquirir produtos ou serviços sem cobertura contratual, em observância ao princípio da legalidade a ao art. 60, parágrafo único, da lei nº 8.666/93, considerando (ressalvados os casos de pequenas compras de pronto pagamento) nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração (Acórdão nº 155/2006 TCU - 2ª Câmara).

Devem constar nas notas de empenho, quando estas substituírem o contrato, cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, conforme previsto nos arts. 55 e 62, §2º, da Lei nº 8.666/93 (Acórdão nº 1.162/2005 TCU - 1ª Câmara).

Ademais, a contratação de profissional para ser responsável pela realização de evento denominado '3º Festival do Humor Gráfico das Cataratas do Iguaçu' não pode ser considerado como compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras.

Isso porque, a própria legislação federal é clara ao conceituar serviço como toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: (...) publicidade, seguro ou trabalhos técnicos profissionais (art. 6º, inciso II), ao passo que compra seria toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente (art. 6º, inciso III).

Resta claro que o termo de contrato só é dispensável nos casos de compra e não de prestação de serviços, sem olvidar que a prestação de serviços da empresa The Raldo envolvendo o 3º Festival não pode ser comparado à entrega imediata e integral.

Nesse sentido, calha transcrever trecho do jurisconsulto José dos Santos Carvalho Filho, in Manual de Direito Administrativo, 15ª ed, Ed. Lumen Júris, Rio de Janeiro: 2006, p. 171-:

'Em virtude do princípio do formalismo que inspira as atividades da Administração, os contratos administrativos devem ser formalizados através de instrumento escrito, salvo o de pequenas compras para pronto pagamento. Fora desta hipótese, é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal.

O sistema adotado pela lei para formalização dos contratos administrativos se constitui de dois grupos. Quando o contrato for precedido por concorrência ou por tomada de preços, ou envolver valores correspondentes a essas modalidades no caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, deve rotular-se como termo de contrato. Fora dessas hipóteses, quando então o valor contratual será mais baixo, pode o termo de contrato ser substituído por instrumentos de menor formalismo, como a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra ou a ordem de execução do serviço (art. 62 do Estatuto). Também é dispensável, independentemente do valor, o termo formal quando a Administração adquire bens a serem entregues imediata e integralmente; mesmo nesse caso, porém, se forem estabelecidas obrigações futuras, como, por exemplo, a de prestar assistência técnica, exigir-se-á o termo contratual (art. 62, §4º)'.

Percebe-se, pois, que realizado pagamento sem a existência de contrato escrito, é nulo e sem efeito qualquer contrato verbal, com espeque no art. 60, parágrafo único, da Lei de Licitações, a saber:

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea 'a' desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Não se enquadrando o caso em epígrafe como contrato de pequenas compras de pronto pagamento (5% do limite de R$ 80.000,00, o que equivale a R$ 4.000,00 - quatro mil reais), tendo em vista as razões supradeclinadas, tenho como nulo e de nenhum efeito a pactuação existente entre o Município de Foz do Iguaçu-PR e a empresa The Raldo Estúdio Arte e Propaganda Ltda, por clara ofensa ao princípio do formalismo que impera na Administração Pública.

Além disso, sequer foi implementada a condição de eficácia contida no parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/93, qual seja, publicação no Diário Oficial de resumo do contrato, razão pela qual o pagamento sequer deveria ter sido procedido pelo Município de Foz do Iguaçu-PR.

Conforme bem dispõe Marçal Justen Filho: 'a ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades è imprescindível' (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª ed, Ed. Dialética, São Paulo: 2004, p. 229).

Ainda, quanto à questão, vale a observação do Ministro Ivan Luz do TCU, citado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: 'as exceções devem ser adotadas com muita cautela para que não prolifere a corrupção estimulada

pelas preferências imotivadas' (in Contratação Direta sem Licitação, 5ª ed, Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 190).

Por outro lado, é importante frisar que na capitulação legal do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, admite-se a responsabilização dos agentes a título de dolo ou culpa.

Depreende-se da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça que, diferentemente dos arts. 9º e 11 (configuração apenas por ato doloso), o art. 11 da Lei nº 8.429/92 pode se aperfeiçoar mediante a prática de ato doloso ou culposo, nos termos dos arestos a seguir transcritos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. FORNECIMENTO DE LANCHES MATINAIS. DOLO NÃO CONFIGURADO. SUCESSIVA RENOVAÇÃO DO CONTRATO MOTIVADA EM FACE DAS PECULIARIDADES DO OBJETO LICITADO.

1. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011 REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010.

2. In casu, pretende-se a condenação dos réus, ora recorrentes, por suposto desrespeito aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei de improbidade Administrativa). Sucede que a Corte de apelação não indicou nenhum elemento de prova direto que evidenciasse o agir doloso do administrador, baseando-se o juízo de valor em presunção de dolo, de modo que é mister a reforma do acórdão recorrido.

3. Recursos especiais providos, divergindo do relator, Sr. Ministro Teori Albino

Zavaski. (STJ, REsp 1.192.056-DF, Rel. orig. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/ o acórdão Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, julgado em 17/4/2012, Dje 26/09/2012) - grifou-se.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/1992. ART. 10. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO. RECURSO IMPROVIDO.

- O STJ entende que, para a configuração dos atos de improbidade administrativa, previstos no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa (elemento subjetivo).

- Não caracterizado o efetivo prejuízo ao erário, ausente o próprio fato típico.

Recurso conhecido e improvido. (STJ, REsp 1233502/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 23/08/2012) - grifou-se.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 168/STJ.

1. É firme a jurisprudência no sentido de que a configuração do elemento subjetivo da conduta do agente é indispensável para a caracterização dos atos de improbidade de que trata a Lei nº 8.429/92.

2. Para que o ato praticado pelo agente público seja enquadrado em alguma das previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consolidado no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/92.

3. Incidência da Súmula 168/STJ: 'Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.'.

Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg nos EREsp 1260963/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 03/10/2012) - grifou-se.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FUNDAMENTAÇÃO DA INICIAL E DA SENTENÇA. MOTIVAÇÃO. SUFICIÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DOS FATOS. EXISTÊNCIA. PROVA LÍCITA. CUMULAÇÃO DAS PENAS. POSSIBILIDADE.

1. A anulação judicial de PAD não inviabiliza a utilização das provas e informações nele constantes para condenação por improbidade administrativa em ACP específica, principalmente se a aquela sentença não declarou a nulidade das provas.

2. O art. 11, bem como o art. 9º, ao contrário do art. 10, não prevê as modalidades culposa e dolosa. Havendo silêncio a este respeito, entende-se que o art. 11 somente enseja a aplicação da Lei nº 8.429/92 se presente o dolo. Não seria por outro motivo, pois, que o caput do art. 12 evidencia que as penalidades aplicáveis do inciso III são aquelas definidas, 'sem prejuízo das sanções penais, cíveis e administrativas'. Ausente o dolo, portanto, impossível a punição na forma do art. 12 da Lei nº 8.429/92, em conformidade com o entendimento firmado pelo STJ.

3. Demonstrado pelo conjunto probatório dos autos o elemento subjetivo/dolo e a efetiva prática de condutas descritas no art. 11 e II da Lei 8.249/92, suficientemente descrita e fundamentada na petição inicial e na sentença condenatória, sendo esta também motivada bastante na elaboração da condenação e fixação das penas. Desta forma, a conduta enseja a aplicação das penalidades previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92, não havendo o que reparar na bem lançada sentença. 4. As sanções descritas no art. 12, III, da Lei 8.249/92 podem ser aplicadas de forma cumulada, quando a prática ilegal demonstrada o justificar, o que ocorreu no caso dos autos onde, ademais, foram

aplicadas no mínimo legal. (TRF da 4ª Região, AC 200570000243607, MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, TERCEIRA TURMA, D.E. 02/12/2009.) - grifou-se.

Do que se extrai dos autos, claramente se percebe que, no mínimo, houve culpa de Paulo Mac Donald Ghisi e Ziraldo Alves Pinto, por realizarem contratação envolvendo Poder Público sem formalização de contrato, não sendo escusável ao, à época, Prefeito de Foz do Iguaçu-PR ordenar qualquer despesa não autorizada por lei (art. 60, parágrafo único, da Lei de Licitações), bem ainda ao secundo, através de pessoa jurídica da qual era sócio-administrador e principal mentor da consecução dos serviços contratados, diante de sua larga experiência em contratação com o 1º Setor (vide inúmeros contratos com Órgãos Públicos colacionados aos autos), em firmar pactuação e receber numerário destituído de contrato legal.

Não custa registrar que tal conduta pode configurar, inclusive, crime de responsabilidade pelo gestor à época dos fatos, nos termos do art. 1º, V, Dec. Lei nº 201/67, a saber:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

(...) omissis.

V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-Ias em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

Alfim, considero como ilegal e ímproba as condutas do ex-Prefeito Paulo Mac Donald em negociar e proceder ao pagamento de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) sem qualquer respaldo legal e contratual, nos termos do art. 10, inciso IX (liberação de verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes - ausência de contrato), ambos da Lei nº 8.429/92, concorrendo igualmente a empresa The Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda., bem ainda seu sócio, como principais beneficiários dessa liberação.

Isso porque, resta insofismável que o procedimento de inexigibilidade da litcitação é nulo em todos os sentidos (ausência de justificativa na formação do valor dos serviços; publicação de resumo da justificativa da inexigibilidade no Diário Oficial; inexistência de contrato e, consequentemente, publicação de seu resumo deste no Diário Oficial como condição de eficácia), não podendo o Prefeito ter autorizado o adimplemento da despesa, subsumindo-se ao inciso IX, a saber:

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

E não se objete que feriria o princípio da congruência/adstrição ao pedido, em razão de o Órgão Ministerial ter indicado a capitulação ao inciso VIII do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa e o julgador alterar o enquadramento legal para o inciso IX do mesmo artigo, tendo em vista que se aplica a velha máxima da mihi factum dabo tibi ius, além do fato de os pedidos do MPF serem analisados e julgados de acordo com o enquadramento requerido (art. 12, incisos II e III, da LIA). Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - ATO DE IMPROBIDADE - ART. 10, INCISO XII DA LEI 8.429/92 - PRINCÍPIO DA

CONGRUÊNCIA - ELEMENTO SUBJETIVO - DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO.

1. Não infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal.

2. Os tipos da Lei de Improbidade estão divididos em três categorias: a) art. 9º (atos que importam em enriquecimento ilícito); b) art.10 (atos que causam prejuízo ao erário) e c) art. 11 (atos que atentam contra os princípios da administração).

3. Os atos de improbidade só são punidos à título de dolo, indagando-se da boa ou má fé do agente, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92.

4. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio caput, são também punidos à título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário.

5. Recurso especial provido. (STJ, RESP 200600688561, ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ DATA:21/05/2007 PG:00560.) - grifou-se.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA -TIPIFICAÇÃO DOS ATOS - ART. 11 DA LEI 8.429/1992 - COMINAÇÃO DAS SANÇÕES - ART. 12 DA LIA - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - SÚMULA 7/STJ - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 17, § 7º, DA LEI 8.429/1992 - PRESCINDIBILIDADE - NULIDADE ABSOLUTA- INOCORRÊNCIA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CONFIGURADO.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. O magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração.

3. Em ação civil pública por ato de improbidade, basta que o autor faça uma descrição genérica dos fatos e imputações dos réus, sem necessidade de descrever em minúcias os comportamentos e as sanções devidas a cada agente.

4. É possível condenar os agentes ímprobos em pena diversa das pleiteadas pelo parquet. Compreensão dos princípios do Direito Romano jura novit curia e da mihi factum dabo tibi ius, em que as leis são do conhecimento do juiz, bastando que as partes lhe apresentem os fatos.

(...) omissis.

8. Recurso especial do Ministério Público Estadual parcialmente provido.

9. Recurso especial do particular não provido. (STJ, REsp nº 1.134.461, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 03/08/2010 e p. 12/08/2010) - grifou-se.

D) DA JUSTIFICATIVA/MAJORAÇÃO DO VALOR CONTRATADO

Nesse largo, cumpre identificar que, a despeito de o valor objeto do convênio e o efetivamente pago à empresa The-Raldo, sempre ter estado no patamar de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), percebe-se que os serviços inicialmente imputados como exclusivos do cartunista, de fato, foram orçados inicialmente em R$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais) e posteriormente majorados para R$ 200.000,00, conforme comprovam documentos colacionados em anexo.

Tal mudança ocorreu basicamente pela retirada de itens que não podiam ser objeto de inexigibilidade de licitação, com a majoração dos itens correlacionados às atividades intelectuais do cartunista Ziraldo, no afã de justificar a manutenção final do preço (R$ 200.000,00), com mudança substancial no detalhamento dos serviços, mediante a exclusão de alguns e incremento de valores dos restantes, de forma a maquiar a efetiva contratação de serviços que deveriam ser obrigatoriamente licitados.

Refute-se, desde logo, a justificativa orquestrada pelas defesas de Paulo Mac Donald Ghisi e Rogério Romano Bonato, no sentido de que o valor inicial de R$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais) era simples estimativa e não o preço final, além de que mudanças envolvendo o local do evento e a sua estrutura teriam justificado o incremento no importe orçado.

Rememore-se que o próprio Ziraldo Alves Pinto, no momento de seu reinterrogatório neste Juízo (evento 192), afirmou que o preço sempre foi de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), não sabendo ao certo como foi montada a planilha de serviços, tendo em vista que, desde o início das tratativas, havia fixado o valor de seus serviços naquele importe.

Ora, há manifesta contradição entre a oitiva do cartunista Ziraldo e as defesas técnicas de Paulo Mac Donald Ghisi e Rogério Romano Bonato, sob o falacioso argumento de que teria havido mudança do local do evento (inicialmente em um hotel para uma praça), implicando diversos gastos extras (sanitários móveis, palco, segurança, entre outros).

Isso porque, ao que consta, a alegação acerca da inexigibilidade sempre foi a notoriedade e inexistência de competição em relação aos serviços ora em investigação, ao passo que serviços apontados como contratação de sanitários móveis, palco e segurança, indubitavelmente não se enquadram como serviços notórios de Ziraldo Alves Pinto, cuja licitação pudesse ser inexigível.

Além disso, o próprio Ziraldo, em sua inquirição, afirmou que o montante cobrado, desde o início, sempre foi o mesmo, sem olvidar que não incluiria os serviços apontados pelas defesas técnicas supramencionadas, constatação que, somada à inexistência de contrato escrito visando dar publicidade às próprias partes e a terceiros acerca do objeto contratado, com previsão de direitos e deveres dos contratantes, bem ainda em cotejo com o teor da nota fiscal de serviços apresentada (evento 1, PROCADM4, p. 20), conduzem

à ilação de nenhum dos serviços indicados (contratação de sanitários móveis, palco e segurança) era de responsabilidade da empresa The-Raldo, ruindo o argumento de que teria havido justificativa para a majoração dos serviços contratados.

Quanto ao argumento de que o Município de Foz do Iguaçu-PR teria prestado contas dos recursos federais ao Ministério do Turismo, as quais foram aprovadas pelo ente federal, igualmente não merece prosperar, tendo em vista que o art. 21, inciso II, da Lei nº 8.429/92 claramente estipula que as sanções independem da aprovação ou rejeição das contas pelos órgãos de prestação de contas interno e/ou externo.

Não pode ser esquecido que os planos de trabalho (inicial de R$ 135.000,00 e final de R$ 200.000,00) foram apresentados por Rogério Romano Bonato ao Prefeito de Foz do Iguaçu-PR, à época, Paulo Mac Donald Ghisi, para implementar a realização de convênio e a liberação do numerário advindo do Ministério do Turismo.

O que se percebe é que, comparando os custos iniciais e plano de trabalho final assinado pelo Ex-Prefeito de Foz do Iguaçu-PR, naquele constavam serviços que não poderiam ser contratados por inexigibilidade de licitação [constantes nos itens 1.2 e 1.3 do anexo 'Custos' do Plano de Trabalho Inicial - e.g. impressão no sistema gráfico/digital dos 300 cartuns (R$ 4.000,00), impressão do livro do evento (R$ 36.000,00), impressão de material de expediente e de divulgação do evento (R$ 10.000,00) e contratação de shows (R$ 15.000,00) - evento 1, PROCADM3, p. 22 e 23], ao passo que, após reanálise, foi alterado para excluir os serviços impossíveis de serem contratados sem licitação e, em contrapartida, visando justificar a continuidade do valor final em R$ 200.00,00 - quando deveria, na verdade, ter decrescido para R$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais) - procedeu-se ao aumento, injustificado, imoral e ilegal, dos valores dos serviços exclusivos do cartunista e/ou da empresa administrada por este, à sua revelia, apenas na tentativa de mascarar a retirada de serviços e justificar a manutenção do preço final, em claro vilipêndio às normas envolvendo dispêndio de recursos públicos.

Nesse ponto, é de bom alvitre ressaltar que, por trás da majoração dos preços, percebe-se verdadeira ausência de justificativa dos valores contratados, eis que não se exigiu da empresa contratada (the-raldo) sequer plano de trabalho detalhado e convincente atinente aos serviços contratados, uma vez que ziraldo declarou, em seu depoimento, que não sabe quem preencheu as planilhas apresentadas, cujos serviços sequer chegou a prestar.

É oportuno reiterar trecho do interrogatório de Ziraldo Alves Pinto:

(...) Quanto à planilha inicial de custos apresentada, o depoente não sabe dizer quais os critérios utilizados (nunca a teria visto), por exemplo, não houve gravação de comerciais, não cobra por cobertura jornalística, não cobra para impressão de documentos, pois, o depoente diz não possuir ou agenciar gráfica, assim não imprime nada, itens constantes em tal planilha como de sua atribuição e dos quais não tinha qualquer conhecimento.

Vê-se, pois, claramente que o plano de trabalho apresentado é falso materialmente, tendo em vista que o próprio representante legal da empresa contratada declarou que não o redigiu, nem atribuiu a terceiros, em seu nome, poderes para preenchê-lo, além de que os itens constantes na planilha de preços não guardarem correlação com os serviços efetivamente prestados.

É importante ter em mente que, sempre que se gere dispêndio público, os princípios da economicidade, legalidade e moralidade devem nortear qualquer contratação pública, mais notadamente acentuados no caso de inexigibilidade de licitação, em que a liberdade da fixação dos preços não pode ficar ao alvedrio do contratado, sem qualquer parâmetro e cotejo entre as obrigações e seu custo, em claro desrespeito aos princípios supradeclinados.

Não se pode simplesmente deixar de realizar licitação, sob o argumento da notoriedade do contratado, e repassar a este a incumbência de fixar o valor a ser pago, sem exigir em contrapartida planilha de serviços confiável, visto que o próprio Ziraldo afirmou que o plano de trabalho constante nos autos não foi feito por ele ou a seu mando.

Em outras palavras, os planos de trabalho inicial e final, que justificariam o preço contratado, foram maquiados para aparentar contornos de legalidade à contratação, indo de encontro ao que estipula o inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei de Licitações, in verbis:

Art. 26. (...) omissis.

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

(...) omissis.

III - justificativa do preço - grifou-se.

Concessa venia, não se trata de simples desrespeito a comando legal, mas de clara malversação de recursos públicos com prejuízo efetivo daquele, sem o mínimo de cuidado no trato com a res publica, diante de clara intenção em escamotear a dilapidação de numerário federal, tendo em vista a falsidade material do plano de trabalho inicial apresentado como justificativa para a assinatura do convênio, aliado à inexistência de contrato escrito entre as partes que justificasse/indicasse/esclarecesse quais os serviços efetivamente estavam incluídos no preço orçado sempre em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Nesse diapasão, resta uma perquirição: se não foi Ziraldo e/ou a empresa The Raldo quem idealizou e elaborou o plano de trabalho constante nos autos e apresentado ao Ministério do Turismo, quem o fez? Quem teria interesse em aprovar o plano de trabalho e conseguir a liberação de recursos públicos federais e, por conseguinte, a realização do evento nos moldes idealizados?

Na minha leitura dos autos, sem dúvida, o então Prefeito de Foz do Iguaçu, Paulo Mac Donald Ghisi, e Rogério Bonato, os quais travavam a consecução do 3º Festival, sendo o primeiro o responsável pela contratação e ordenador da despesa, sem qualquer respaldo legal e contábil e o segundo, na condição de Presidente do evento, em operacionalizar a vinda de Ziraldo, a qualquer custo, participando ativamente das negociações envolvendo o evento.

Senão vejamos trecho do resumo do interrogatório de Rogério Bonato (evento 116):

O projeto inicial, no qual consta o plano inicial de custos, foi presidido pelo réu e repassado para Prefeitura para formalização para liberação das verbas junto ao Governo Federal; explica que a majoração do valor entre o custo inicial (R$ 135.000,00) e o estabelecido por ocasião da assinatura do convênio (R$ 200.000,00) deu-se em razão das proporções assumidas pelo evento, envolvendo um acréscimo de serviços, pois iniciou-se apenas com uma estimativa de gastos, porém, tal majoração de valores foi devidamente justificada perante o Ministério do Turismo. (...) o réu afirma que houve um acréscimo não previsto de itens no Festival quanto ao plano inicial: duplicação do número de jurados, aumento do valor da arte final e do número de exposições, o plano de trabalho quase que triplicou e muitos serviços não foram realizados em razão da ausência de verbas; por ocasião do evento o réu não era presidente da Fundação Cultural, mas apenas procurador do Ziraldo;

Afora o próprio Ziraldo e a empresa The-Raldo - aquele, reitere-se, declarou que não idealizou e/ou perfectibilizou o plano de trabalho apresentado -, não restam outros interessados diretos e/ou indiretos, a não ser os demais requeridos, sendo pueril imaginar que o referido documento teria surgido do nada ou de que não teria sido preenchido por nenhum dos réus, simplesmente caindo em suas mãos.

Ademais, colhe-se tamanha a riqueza de detalhes explicativos do requerido Rogério tentando justificar o incremento do preço (e.g. acréscimo não previsto de itens no Festival quanto ao plano inicial: duplicação do número de jurados, aumento do valor da arte final e do número de exposições, o plano de trabalho quase que triplicou e muitos serviços não foram realizados em razão da ausência de verbas), o que revela inconteste a participação de Rogério Bonato como intermediário, incentivador e facilitador da contratação da empresa The Raldo pelo Município de Foz do Iguaçu-PR, respondendo por todos os atos daí decorrentes, com arrimo no art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, in litteris:

Art. 3° 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.

É bem verdade que Ziraldo Alves Pinto nega que Rogério Romano Bonato teria atuado como seu representante, mas este afirmou exatamente o contrário, ao declarar que por ocasião do evento o réu não era presidente da Fundação Cultural, mas apenas procurador do Ziraldo (sic - depoimento pessoal), ressaindo-se clarividente que, a despeito de ser ou não procurador ad negotia de Ziraldo, atuava como intermediador entre Ziraldo e a Prefeitura, incentivador e facilitador da realização do evento, sendo, igualmente, responsável pela desastrosa contratação ilegal e ímproba, beneficiando-se, no mínimo, indiretamente.

Assim, a contratação da empresa The-Raldo, através de processo de inexigibilidade de licitação, é nula, além da ausência de contrato, também

por malferimento ao disposto no art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei n° 8.666/93, por inobservância das formalidades legais no processo de inexigibilidade de licitação (justificativa da fixação e/ou majoração do preço contratado).

É digno de registro que sequer houve, como condição de eficácia da legalidade da escolha pela inexigibilidade de licitação, a publicação no Diário Oficial do ato negocial entre o Município de Foz do Iguaçu-PR e a empresa The Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda, tal como exigido pela parte final do caput do art. 26 da Lei de Licitações (... as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas ... deverão ser comunicados, dentro de 3 dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 dias como condição para a eficácia dos atos.).

Logo, diante de todas as considerações expendidas, vislumbro a prática de ato de improbidade quanto à ausência de justificativa da majoração/fixação dos valores dos planos de trabalhos inicial e final envolvendo a contratação da empresa The Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda., para o 3º Festival Internacional de Humor Gráfico das Cataratas, ante a utilização de documento falso materialmente (distorção dos serviços ali descritos para os declinados por Ziraldo como efetivamente prestados), desaguando na ilegalidade da majoração/fixação dos valores e manipulação da planilha de prestação de serviços, com claro prejuízo ao erário.

Nas palavras de Sérgio de Andréa: 'não basta que o administrador se atenha ao estrito cumprimento da lei; o exercício de seus direitos, poderes e faculdades devem ser informados por princípios éticos, devendo fazer-se, de modo regular, sem abuso' (Sérgio de Andrea Ferreira, 1981, p. 45).

A má-fé do Ziraldo se perfectibilizou quando, em conluio com Rogério Romano Bonato, anuiu a ser contratado sem apresentar planilha indicando os serviços a serem prestados, bem ainda justificativa de valores, além de, a despeito de sua densa experiência em licitações, não ter questionado a ausência de contrato.

Agiu, na verdade, com dolo eventual, na medida em que, tendo ciência do que era necessário para ser contratado (justificativa dos preços e contrato) e das consequências jurídicas frente às ilicitudes (vide outros contratos públicos firmados por Ziraldo colacionados aos autos), assumiu o risco de prestar seus serviços e ser responsabilizado por qualquer ilegalidade.

Por sua vez, a má-fé do Rogério encontra-se encravada no ato de confeccionar e apresentar, ao então Prefeito, estimativa de custos discrepante dos serviços efetivamente prestados pela empresa contratada, visando embasar liberação de verba federal, bem ainda em intermediar/facilitar a contratação de Ziraldo, através da pessoa jurídica The Raldo, ciente do malferimento dos princípios administrativos.

Já no que se atine à Paulo Mac Donald, resta configurado, no mínimo, dolo eventual ao ter assinado o plano de trabalho final, apresentado ao Ministério do Turismo, sem ter se certificado de quais serviços o contratado iria prestar e por qual valor, sabedor de que teria que solicitar planilha de serviços e

justificativa de preços à contratada, cuja proposta inicial foi apresentada por Rogério Romano Bonato, o qual não demonstrou qualquer vínculo com Ziraldo.

Seria a aplicação analógica da teoria do domínio do fato, sobejamente utilizada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AP nº 470 (processo do 'mensalão').

Em outras palavras, do que se extrai dos autos é que os 3 requeridos desempenharam papel fundamental no desenrolar dos fatos descritos na inicial ministerial, eis que, sem o renome e a experiência de Ziraldo, não teria havido a contratação por inexigibilidade de licitação, com o atropelo dos ditames legais; sem a intermediação de Rogério, na condição de Presidente do 3º Festival Internacional de Humor Gráfico das Cataratas, não haveria condições de aproximar Ziraldo do então Prefeito de Foz do Iguaçu, tampouco apresentar estimativa de preços elaborada por aquele, visando à consecução de convênio com o Ministério do Turismo; e, sem a participação do dirigente máximo do Município, não haveria a contratação ora objurgada, a qual foi paga com recursos públicos federais, em claro prejuízo ao erário e desrespeito aos mais comezinhos princípios administrativos, conforme supradeclinado.

Finalizando, todos os réus praticaram o malferimento aos princípios da economicidade, legalidade, honestidade e moralidade contidos no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, pois agiram dolosamente gerando prejuízo ao erário por efetuar contratação e pagamento de serviços sem qualquer justificativa de majoração/fixação dos preços, em evidente desprezo ao art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei n° 8.666/93.

E) DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES AOS IMPUTADOS

Cumpre enaltecer que as sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 devem ser aplicadas de acordo com a diretriz estabelecida pelo parágrafo único do art. 12 da mesma legislação, a saber:

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Tal comando normativo consubstancia a positivação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ao propalar que se deve observar a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido.

Não é por outra razão, que a Lei nº 12.120/09 alterou o art. 12, caput, e art. 21, inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa, os quais passaram a estipular, respectivamente:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: - grifou-se.

Art. 21. (omissis)

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento. - grifou-se.

Em outras palavras, o magistrado, agora, ao aplicar a respectiva penalidade, deve ter como baliza a gravidade do fato para decidir se aplica isolada ou cumulativamente as sanções, alteração legislativa a qual,

implicitamente, traz no seu bojo a necessidade de fundamentação em caso cumulativo, invertendo a regra anterior de aplicação ao talante do julgador sem necessidade de qualquer argumentação, pois o jurisdicionado passa a ter o direito de saber as razões que levaram à utilização conjunta das sanções, em vez da isolada, eis que a diretriz só pode ser a gravidade do fato, apurada objetivamente.

Além disso, a novel legislação (Lei nº 12.120/09) trouxe a regra de que só haverá a aplicação da penalidade de ressarcimento, se ocorrer efetivamente dano ao patrimônio público.

No que se refere à não cumulatividade das sanções previstas no inciso III do art. 12 da festejada Lei de Improbidade Administrativa, cite-se julgado esclarecedor do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 875.425, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, j. 09/12/2008 e p. 11/02/2009, verbis in verbis:

ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATOS IRREGULARES. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE NÃO RECONHECIDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 5 E 7/STJ. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. NECESSIDADE. COMPROVAÇÃO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NO ART. 12 DA LEI 8.429/92. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE INOBSERVADOS. READEQUAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS.

(...)

5. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, 'a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente' (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa.

6. Na hipótese examinada, os recorrentes foram condenados na sentença ao pagamento de multa civil 'correspondente a cinco vezes o valor da remuneração recebida pelos Réus à época em que atuavam na Casa da Moeda do Brasil (CMB) no período da contratação irregular, devidamente atualizado até o efetivo pagamento, bem como decretar a perda da função pública que eventualmente exerçam na atualidade, a suspensão dos direitos políticos por três anos e a proibição dos Reús de contratarem com o Poder Público pelo prazo de três anos' (fls. 371/378), o que foi mantido integralmente pela Corte a quo. Assim, não obstante a prática de ato de improbidade administrativa pelos recorrentes, a imposição cumulativa de todas as sanções previstas na referida legislação NÃO observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Tal consideração impõe a redução do valor da multa civil de

cinco para três vezes o valor da remuneração, bem como autoriza o afastamento da sanção de suspensão dos direitos políticos dos recorrentes.

7. Provimento parcial dos recursos especiais, tão-somente para readequar as sanções impostas aos recorrentes - grifou-se.

Por outro lado, quanto ao limite territorial visando à proibição de contratar com o Poder Público, transcreva-se aresto do STJ, da lavra do voto da Min. Eliana Calmon, nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.021.851, 2ª Turma, j. 23/06/2009 e p. 06/08/2009, a seguir ementado:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - OMISSÕES E CONTRADIÇÕES - MODULAÇÃO AUTORIZADA PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 12 DA LIA (LEI 8.429/92) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MC 10.517/SP: ANÁLISE PREJUDICADA.

1. O princípio da legalidade estrita enseja o exame do questionamento dos embargantes quanto à modulação das sanções administrativas diante da previsão constante do parágrafo único do art. 12 da LIA, para verificar se as condenações foram proporcionais e razoáveis à extensão do dano causado.

2. Constatada a demasia nas sanções administrativas aplicadas às empresas, merecem acolhida os embargos de declaração, para readequá-las às condutas examinadas.

3. Proibição de contratar com o serviço público que deve restringir-se, para a empresa ODEBRECHT S.A. às avenças com a empresa LIMPURB, diante do fato de só ter participado de três aditamentos, nenhum deles para inserir serviços sem licitação. Pela mesma razão, a vedação ao recebimento de benefícios e incentivos deve ficar restrito ao Município de São Paulo.

4. Aceita-se ainda a moderação para a empresa CBPO LTDA., para limitar a sanção quanto à contratação com o serviço público e ao recebimento de benefícios e incentivos ao Município de São Paulo. (...)' - grifou-se.

Portanto, deve estar restrita ao âmbito do Município de Foz do Iguaçu/PR uma possível sanção de 'proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios' envolvendo os réus.

Com base nestas considerações: a sanção deve ser aplicada de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, observada a extensão do dano; as penalidades podem ou não ser aplicadas cumulativamente, fundamentadamente (art. 12, caput, da Lei nº 8.429/92, com redação dada pela Lei nº 12.120/09); o ressarcimento do dano deverá ser de R$ 200.000,00 solidariamente (art. 21, inciso I, da Lei nº 8.429/92, com redação dada pela Lei nº 12.120/09); e/ou a proibição de contratar com o Poder Público deve se restringir aos limites territoriais do ente contratante (Município de Foz do Iguaçu-PR), estribado no entendimento mais moderno dos Tribunais Superiores.

Portanto, diante dessas considerações e à vista do contido em toda a fundamentação precedente, passo a deliberar acerca das sanções aplicáveis a cada imputado, individualmente.

E.1) Paulo Mac Donald Ghisi

Não persistem dúvidas de que recai a responsabilidade sobre Paulo Mac Donald Ghisi quanto ao ato de desembolsar recursos públicos sem exigir justificativa quanto à fixação dos preços ou a assinatura de contrato, podendo configurar, inclusive, crime de responsabilidade (art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei 201/67), somada ao vilipêndio aos princípios administrativos supradeclinados.

Ainda, deve ser sopesado a tentativa de esconder os fatos, em seu depoimento, afirmando que desconhece se firmou contrato com a empresa contratada, subsumindo-se, conforme fundamentação precedente, no art. 10, inciso IX, e art. 11, caput, ambos da Lei nº 8.429/92.

Levando em consideração que era claramente perceptível a alteração da planilha de preços inicial, aliado ao fato de ter total ciência de que efetuou pagamento destituído de contrato e justificativa quanto ao preço, em juízo de proporcionalidade e razoabilidade, nos termos do art. 12, inciso II, da LIA, condeno-o ao ressarcimento integral do dano solidariamente (R$ 200.000,00); à suspensão dos direitos políticos por 8 anos (mínimo de 5 anos pela infringência ao art. 10 + mínimo de 3 anos , ao art. 11); e proibição de contratar com o Poder Público Municipal 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 5 anos.

O dano ao erário é integral do valor pago (R$ 200.000,00), tendo em vista que foi despendido recurso público sem qualquer observância das formalidades legais (justificativa do preço; publicação desse processo de inexigibilidade de licitação no Diário Oficial; contrato por escrito; publicação de resumo deste no Diário Oficial). Ou seja, foi procedido a pagamento que sequer se sabe o que compunha a prestação dos serviços ao certo, sendo ínsita a malversação e dilapidação patrimonial de recursos federais.

Por outro lado, a suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público igualmente se justificam, tendo em vista o desempenho como responsável pelos fatos durante o exercício do cargo máximo de Dirigente Municipal, o qual tinha a máxima obrigação de zelar pelo trato da res publica, merecendo ser alijado, temporariamente, de qualquer contato com o Poder Público.

E.2) Rogério Romano Bonato

Responsável pela conduta de aquiescer em negociar e intermediar a referida contratação, bem como elaborar/apresentar documentos (plano de trabalho), à margem do conhecimento do contratado, à Rogério Romano Bonato, agindo em desconformidade com o art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92, razão pela qual, em juízo de proporcionalidade e razoabilidade, nos termos do art. 12, inciso III, da LIA, condeno-o à suspensão dos direitos políticos por 3 anos (mínimo), além da proibição de contratar com o Poder Público Municipal 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 anos.

Deixo de condená-lo a restituir o valor do dano, tendo em vista sua tipificação ter sido apenas do art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, somado ao fato de que, ao que parece, não tenha se locupletado financeiramente com a ilicitude.

Por outro lado, entendo suficiente a suspensão dos direitos políticos no seu patamar mínimo e a proibição de contratar com o Poder Público, diante de ter atuado na condição de facilitador/intermediador/incentivador da contratação, com total ciência de seu enquadramento à margem da lei, merecendo igualmente ser alijado, temporariamente, de qualquer contato com o Poder Público.

E.3) Ziraldo Alves Pinto e a empresa The Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda.

Ambos (pessoa física, através da pessoa jurídica) são responsáveis pela ilicitude, que efetivamente causou dano ao erário federal por despender R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), sem observância de qualquer formalidade legal ínsita à contratação por inexigibilidade de licitação (justificativa dos valores orçados/pagos), além da ausência de contrato, recaindo no art. 10, inciso IX, bem ainda art. 11, caput, c/c art. 3º, ambos da Lei nº 8.429/92.

Assim, no que se refere à Ziraldo Alves Pinto, consideradas aquelas balizas, entendo suficiente para repreensão do fato ilícito a fixação da pena de ressarcimento integral do dano (R$ 200.000,00), de forma solidária com o ex-Prefeito; a suspensão dos direitos políticos por 8 anos (mínimo de 5 anos pela infringência ao art. 10 + mínimo de 3 anos, ao art. 11); e proibição de contratar com o Poder Público Municipal 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 5 anos, com respaldo no art. 12, incisos II e III, da mesma lei federal.

É proporcional a suspensão dos direitos políticos pelo prazo mínimo de cada tipificação, além de o ressarcimento do dano integral e de forma solidária com o ex-gestor municipal, visando devolver os recursos que nunca poderiam ter sido expendidos ao arrepio da lei, sem olvidar a proibição em contratar com o Município de Foz do Iguaçu-PR pelo prazo mínimo, para que reflita sobre a forma de cobrar seus serviços..

Em relação à pessoa jurídica The Raldo, no que é aplicável, condeno-a à proibição de contratar com o Poder Público Municipal ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente pelo prazo de 5 anos. Reputo como indevida a condenação da empresa em devolver os recursos públicos, tendo em vista que o sócio administrador Ziraldo afirmou que somente utilizou da personalidade jurídica para fins de tributação, somada ao fato de que o próprio Ziraldo foi condenado a restituir o dano de forma solidária com o antigo Prefeito.

O valor fixado a título de ressarcimento pelos danos deverá ser corrigido pelo INPC, a partir de 03/01/2006, data em que se procedeu ao pagamento (comprovante de depósito em conta corrente - evento 1, PROCADM4, p. 16). No tocante aos juros de mora, são devidos a partir da citação, no percentual de 1% ao mês.

(...)'

A v. sentença recorrida, no tocante à análise da equação fática imanente à lide em cotejo com a legislação de regência, afigura-se incensurável e, aos mesmos fundamentos acima transcritos faço remissão, tomando-os por integrados neste voto.

Em acréscimo, vale anotar que a empresa The-Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda recebeu em 03/01/2006 através de depósito em dinheiro na sua conta corrente junto ao Banco do Brasil o valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) atinente aos serviços prestados pelo réu Ziraldo Alves Pinto no indigitado Festival. A Prefeitura Municipal de Foz do Iguaçu, por sua vez, somente em 09/01/2006 às 10h49min, deflagou o processo administrativo tendo como requerente 'Estudio de Arte e Propaganda Ltda' (CNPJ 01316602000115) e como objeto a 'Cobrança de Fatura referente a NF 000923 R$ 200.000,00'.

A dissociação cronológica do pagamento realizado pela Prefeitura Municipal de Foz do Iguaçu com a data de instauração do processo administrativo correlato a esse pagamento permite afirmar a existência de, ao menos, culpa na conduta perpetrada pelos réus. Impende gizar que, transcorridos 06 (seis) dias do recebimento do importe de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) pelos serviços prestados no indigitado Festival, a empresa The-Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda 'formalizou' o requerimento de tal pagamento junto à Prefeitura Municipal de Foz do Iguaçu que, igualmente nesta data, 'instaurou' o processo administrativo a tal desiderato.

Ainda, em relação ao elemento subjetivo necessário à caracterização do ato de improbidade administrativa, vale colacionar a doutrina de Fábio Medina Osório (in Teoria da Improbidade Administrativa : má gestão pública : corrupção : ineficiência. 2.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010), que literaliza -

'(...)

Não se pode dissociar o ato ímprobo do processo de adequação típica e do reconhecimento da culpabilidade constitucional, aquela da qual dolo e culpa derivam diretamente. A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora haja silencia da LGIA sobre o assunto. Isto se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição á arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, a improbidadade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva. Sem tais peculiaridades, a conduta não pode se enquadrar na enfermidade que se pretende diagnosticar.

De fato, só haverá improbidade administrativa quando estiver presente o dolo ou a culpa grave, visto que tanto a corrupção pública quanto a grave desonestidade funcional pressupõem conduta dolosa, enquanto a grave ineficiência funcional pressupõem culpa grave, motivo pelo qual aparece seu caráter de insuportabilidade, a tal ponto que se fazem necessárias, geralmente, a

exclusão do agente do setor público e a suspensão de seu direitos políticos (art. 37, § 4.º, da CF), como regra geral.

(...)

A Constituição Federal estabelece que os agentes públicos só podem ser responsáveis pessoalmente quanto atuarem com dolo ou culpa. Não se menciona a espécie de culpa, nem se definem tais categorias normativas. Veja-se que se trata de uma responsabilidade geral e subjetiva dos agentes públicos, passível de operacionalização nas chamadas ações de regresso. A culpa que se exige aqui é aquela necessária às ações indenizatórias, que não envolvem direito punitivo, cujas estruturas comportam níveis elásticos de responsabilidade, superiores e menos garantistas que aqueles exigidos no direito administrativo sancionador.

Não deixa de ser lógico que para a improbidade administrativa se exija mais do que se costuma exigir para as meras indenizações. Note-se que as indenizações, embora não constituam sanções, no sentido clássico da expressão, traduzem, inegavelmente, efeitos aflitivos no agente. Ainda assim, as sanções costumam ser mais aflitivas. Além disso, a improbidade revela uma peculiar censura moral ao sujeito, desqualificando-o como administrador, seja pela desonestidade, seja pela intolerável incompetência administrativa. Resulta natural que, nessas circunstâncias, se exija dolo ou culpa grave para a improbidade administrativa, se exigirmos obediência ao postulado da proporcionalidade.

(...)'

(sublinhei)

De rigor, a aprovação da Prestação de Contas do Município de Foz do Iguaçu/PR relativa ao Convênio n. 503/2005 pelo Ministério do Turismo não consubstancia óbice ao manejo da presente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. Assim o é porque há independência entre as esferas cível, penal e administrativa; e, as provas dos autos sobejam quanto à existência de conduta consciente e voluntária dos réus ao 'ajuste' administrativo-contábil da real equação fática para que a mesma aparentasse ser consentânea com o Direito.

Nessa equação, aponto à manutenção da v. sentença recorrida quanto à análise da equação fática imanente à lide em cotejo com a legislação de regência. Modifico em parte o julgado, contudo, quanto ao reconhecimento das consequências jurídicas advindas dos atos ímprobos perpetrados pelos réus. Confiro.

Suspensão dos direitos políticos

Perfilho o entendimento de que a pena de suspensão dos direitos políticos, em casos de improbidade administrativa, deve ser aplicada àqueles indivíduos que perpetraram condutas ímprobas com a utilização de poder político. Nesse sentido, colaciono da lição de Adriane Battisti (in Curso Modular de Direito Administrativo. Paulo Afonso Brum Vaz; Ricardo Teixeira do Valle Pereira; Romeu Bacellar Filho (organizadores) - Florianópolis: Conceito Editorial, 2009), que literaliza -

'(...)

No tocante à suspensão dos direitos políticos, trata-se de sanção severa, que deve ser aplicada para casos graves, em que a conduta ímproba esteja relacionada ao exercício de poder no âmbito político. Deve haver um mínimo de ligação entre a conduta indevida e os direitos políticos - como por exemplo, desvio de verbas públicas por prefeito, que a elas teve acesso em virtude de eleição -, sob pena de restar desarrazoada a sanção imposta.

Com efeito, na tarefa de aplicação das sanções relacionadas aos atos de improbidade administrativa, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade vêm sendo amplamente utilizados pela jurisprudência pátria. Doutrinariamente, fala-se em princípio tridimensional da proporcionalidade, no qual está contida a regra de proibição do excesso, considerados os vértices da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

(...)'

Assim, considerando que a conduta ímproba perpetrada pelos réus Rogério Romano Bonatto e Ziraldo Alves Pinto não se deu com a utilização de poder político, aponto à inaplicabilidade dessa pena em face dos nominados réus.

Dano ao erário

A nulidade da avença entabulada entre a Prefeitura Municipal de Foz do Iguaçu/PR e os réus Ziraldo Alves Pinto e The-Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda produz a necessidade de restituição da totalidade dos valores federais alcançados ao Município de Foz do Iguaçu/PR por força do Convênio n. 503/2005.

Não se pode olvidar, contudo, que o 3º Festival Internacional do Humor Gráfico das Cataratas do Iguaçu realizou-se com a prestação de serviços do réu Ziraldo Alves Pinto, através da empresa The-Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda. E, considerando que o Direito pátrio alberga o princípio que veda o enriquecimento sem causa, afigura-se questionável mesmo a admissão dessa prestação de serviços à Administração Pública a modo gracioso pelos nominados réus - Ziraldo Alves Pinto através de The-Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda.

Da prova dos autos, extrai-se que o plano inicial de trabalho atinente aos serviços do réu Ziraldo Alves Pinto perfazia o montante de R$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais). Também, dessume-se que, à adaptação do plano de trabalho à hipótese de contratação com inexigibilidade de licitação, esse valor foi elevado a R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) - imbutido nesse importe outras atribuições que, originariamente, exigiriam licitação à sua contratação pela Administração.

Nessa equação, presentes a peculiaridade da equação fática em exame e a norma principiológica que incide na espécie, o dano sofrido pelo erário, a meu sentir, cinge-se a 'diferença imotivada' - R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) - que veio agregar o valor originário dos serviços previstos no plano de trabalho a serem prestados pelo réu Ziraldo Alves Pinto através da empresa The-Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda.

Destarte, modifico a v. sentença recorrida no tópico para fixar que o valor devido a modo solidário pelos réus Paulo Mac Donald Ghisi, Ziraldo Alves

Pinto e The-Raldo Estúdio de Artes e Propaganda Ltda a título de ressarcimento integral do dano perfaz o montante de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais).

No que remanesce à análise, mantenho a v. sentença recorrida pelos seus próprios fundamentos, incluso no tocante à explicitação dos consectários legais incidentes sobre a indenização ora minorada.

Em fechamento, a v. sentença resta parcialmente modificada à exclusão da condenação à pena de suspensão dos direitos políticos em relação aos réus Rogério Romano Bonatto e Ziraldo Alves Pinto; e à redução do valor devido a título de ressarcimento do dano, fixando-o em R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais); mantidos todos os demais termos do julgado recorrido.

4. Solucionada a lide com espeque no direito bastante, tem-se por afastada a incidência concreta da legislação em confronto, senão pela total abstração, com as adequações de mister, sem que isso importe na sua violação. É o que se dá com os dispositivos legais invocados nas razões recursais, os quais tenho por prequestionados.

5. Preliminares rejeitadas.

6. Apelações parcialmente providas. Vencida em parte a Juíza Federal Vânia Hack Almeida, que dava provimento à apelação de Ziraldo Alves Pinto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares, por maioria, dar parcial provimento à apelação do réu Ziraldo Alves Pinto, vencida a Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, e, por unanimidade, dar parcial provimento às demais apelações, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 04 de setembro de 2013.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Relator