

Apelação Cível n. 0900034-34.2016.8.24.0037, de Joaçaba Relator:
Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL.
AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE ATRAÇÃO MUSICAL POR MUNICÍPIO, PARA A NOITE DA PASSAGEM DE ANO.
SUPERFATURAMENTO NÃO CONSTATADO.
IRREGULARIDADES NA HABILITAÇÃO QUE TAMBÉM NÃO CONFIGURAM IMPROBIDADE.
VEREDICTO DE IMPROCEDÊNCIA.
INSURGÊNCIA DO PARQUET.
ADUZIDA OFENSA AO ART. 25 DA LEI N. 8.666 DE 21/06/1993, PORQUE (1) FALTANTE CARTA DE EXCLUSIVIDADE DO EMPRESÁRIO PREPOSTO DA BANDA; (2) AUSENTE A INSCRIÇÃO DO GRUPO MUSICISTA NO SINDICATO DOS MÚSICOS; (3) JUNTADA, A POSTERIORI, DE PARECER JURÍDICO, E (4) INEXISTÊNCIA DE ACLAMAÇÃO NACIONAL DO CONJUNTO ARTÍSTICO.
IRREGULARIDADES INSUFICIENTES PARA PERFAZER A TIPIFICAÇÃO CONTIDA NA LEI N. 8.429/92.
CACHÊ DE R\$ 14 MIL COBRADO PARA A FESTA DO RÉVEILLON 2016, QUE PODE COERENTEMENTE DISCREPAR DO VALOR DE R\$ 11 MIL, PRATICADO DIAS ANTES EM OUTRAS FESTIVIDADES.
RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
SENTENÇA CONFIRMADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO
"[...] É cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973" (STJ, AgInt no REsp 1540031/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. em 19/06/2018).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0900034-34.2016.8.24.0037, da 1^a Vara Cível da comarca de Joaçaba, em que é Apelante

Apelação Cível n. 0900034-34.2016.8.24.0037

Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelados Mauro Dresch e outro.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, confirmado a sentença em sede de Reexame Necessário. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Paulo Henrique Moritz Martins da Silva e Pedro Manoel Abreu. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Vânio Martins de Faria.

Florianópolis, 24 de setembro de 2019.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Presidente e Relator

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e também de Reexame Necessário, em objeção à sentença prolatada pelo juízo da 1^a Vara Cível da comarca de Joaçaba, que nos autos da

Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa n. 0900034-34.2016.8.

24.0037, ajuizada contra [REDACTED] (empresário da [REDACTED]) e Mauro Dresch (Prefeito do Município de Treze Tílias - na Gestão 2012/2016), objetivando apurar higidez da *Dispensa de Licitação n. 81/2015*, na contratação de atração musical para o *Réveillon 2016*, julgou improcedente o pedido (fls. 476/482).

O togado singular reconheceu a plausibilidade da dispensa do certame, dada a impossibilidade de um edital tecer critérios objetivos, *exempli gratia* um *preço máximo por evento*, já que tal teto limitaria a *autonomia* do Executivo escolher o artista compatível com o evento desejado.

Também rechaçou o superfaturamento, discorrendo que o *cachet*

Apelação Cível n. 0900034-34.2016.8.24.0037

praticado pela [REDACTED] semanas antes do *Réveillon 2016* - R\$ 11.000,00 (onze mil reais) -, pode, razoavelmente, discrepar daquele condizente com a virada do ano, levado a cabo por R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais), até porque, segundo prova testemunhal, "o evento réveillon de Treze Tílias é bastante tradicional, o qual ocorre há mais de 10 (dez) anos [...] reunindo cerca de 20.000 (vinte mil) pessoas, quando o município possui apenas cerca de 6.000 (seis mil) habitantes [...]" (fls. 480).

Malcontente, o Ministério Pùblico aduz que a assessoria jurídica do Município de Treze Tílias emitiu *Parecer Jurídico*, conclamando que a contratação observasse "a inscrição da banda no CNPJ, com o devido Contrato Social, onde conste o nome do representante legal com o qual deve ser firmado [...]", bem como o registro "da banda no Sindicato dos Músicos onde conste o nome do representante legal, com o qual deve ser firmado o ajuste [...]", e, por fim, "no caso da banda ser representada por pessoa física ou jurídica, para fins de contratação com o município, deve ser exigido o certificado de exclusividade, que não pode ser restrito à data ou ao evento [...]" (fl. 492).

Aponta que a recomendação jurídica foi lavrada em 03/12/2015, enquanto que a avença já estava subscrita desde 30/11/2015, consubstanciando uma tentativa de "encobrir uma contratação já realizada, sem qualquer verificação prévia de viabilidade de competição, seja entre bandas do mesmo gênero, seja entre empresários [...]" (fl. 492).

Argumenta que a subscrição do *Contrato n. 78/2015* ocorreu com o empresário [REDACTED], que não demonstrou a exclusividade na representação do grupo musical. Tanto que [REDACTED] também é preposta comercial da banda.

Anota a ausência do critério condizente com a *consagração nacional*, afetando a justificativa para dispensa do procedimento licitatório, faltando prova, a cargo dos réus, de que os *shows* da [REDACTED] - grupo musical geralmente presente em formaturas, e com repertório composto pela reprodução de outros

Apelação Cível n. 0900034-34.2016.8.24.0037

artistas, ou seja, sem uma característica própria para justificar a aclamação -, deveriam passar necessariamente pelo crivo da competição com outros conjuntos musicais.

Registra que alguns critérios objetivos poderiam ter integrado o caderno editalício, *"como tempo de constituição da banda, número de vocalistas, número de bailarinos, instrumentos a serem executados, repertório, entre outros, já que é notório que outras bandas oferecem serviço similar na região sul do País [...]"* (fl. 496).

Defende que se o evento é tradicional, ocorrendo reiteradamente todos os anos, o prefeito já poderia ter se programado antecipadamente, inexistindo justificativa plausível para o atropelo dos atos, evidenciando o dolo do alcaide, que conscientemente contrariou *Parecer da assessoria jurídica*.

Nestes termos, brada pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 488/497).

Na sequência, sobrevieram as contrarrazões, onde [REDACTED] e Mauro Dresch refutam uma a uma as teses manejadas, clamando pelo desprovimento da insurgência (fls. 502/508 e 509/535).

Em Parecer da Procuradora de Justiça Gladys Afonso, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 543/550).

Em apertada síntese, é o relatório.

Apelação Cível n. 0900034-34.2016.8.24.0037

VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Antes de adentrar no exame da *quaestio de meritis*, convém lembrar que a improbidade administrativa pressupõe um estágio acima da ilegalidade.

Daí que a Lei n. 8.666/93, no art. 25, § 2º, já dispõe de seus próprios meios para dirimir situações condizentes com malversação de dinheiro público, anotando que:

[...] 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.

Assim, por mais que o Ministério Público do Estado de Santa Catarina defendia a presença de dolo a partir da premissa de que o Prefeito Mauro Dresch tomou nota do *Parecer Jurídico*, a má-fé caracterizadora da improbidade não pode ser considerada apenas pela perspectiva da *ciência* acerca da arbitrariedade, precisando ir além, para justificar eventual edital condenatório.

É que, segundo ensinância de Waldo Fazzio Júnior, "o dolo não se resume à antevisão do resultado; envolve o elemento intencional de causação do resultado lesivo ao erário [...]"¹.

Não sobejam elementos de que o alcaide quis lesar o Município de Treze Tílias.

Se o foco for estritamente o tesouro do erário municipal, ver-se-á que pelo menos a instrução do *Processo Licitatório n. 81/2015* contou com contratos para indicar o preço do *cachet* comumente praticado pela [REDACTED], oscilando de R\$ 13.000,00 (treze mil reais - fl. 33), passando para R\$

¹ *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 136.

Apelação Cível n. 0900034-34.2016.8.24.0037

11.000,00 (onze mil reais - fl. 35), indo até R\$ 10.000,00 (dez mil reais - fl. 38).

Ou seja, se fosse verdadeiro o intuito do gestor em dilapidar o patrimônio público, teria agido de modo a negligenciar até mesmo tais parâmetros, omitindo propositadamente o termo de referencia praticado.

Logo, mesmo que o parecerista jurídico Leocir Antônio Carneiro (OAB/SC n. 23.287) tenha se posicionado desfavorável à tramitação do certame, por faltarem elementos técnicos capazes de atestar a "*grande aceitação pelo público [...]*" (fls. 25/26), infere-se não ter feito qualquer ressalva quanto aos valores praticados no mercado, tudo levando a crer que a apuração da suposta irregularidade estaria alocada de forma circunscrita à inabilidade procedural.

Enfim, se houve desacerto na condução dos trabalhos, estes não foram capazes de ganhar o estigma da improbidade.

Além do mais, na instrução probatória veio à tona o depoimento prestado pelo testigo [REDACTED], - "*empresário de empresa de eventos e de uma rádio (REDACTED) e que trabalha na região [...]*" (fl. 480) -, assegurando que em *réveillons* "*não sai por menos de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) [...]*" (10':11" [dez minutos e onze segundos] - mídia digital - fl. 338).

Como visto, se o foco é a lesão patrimonial, inexiste parâmetro razoável que indique a dilapidação do erário público.

Nessa linha:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ARTS. 10 E 11 DA LEI N. 8.429/1992). SUPOSTA ATUAÇÃO IRREGULAR NA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS LIBERADOS POR MEIO DE CONVÉNIO COM O FRBL-FUNDO DE RECUPERAÇÃO DE BENS LESADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REALIZAÇÃO DE FESTIVAL CULTURAL. CONTRATOS FIRMADOS SEM A FORMALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE DISPENSA LICITATÓRIA. POSSÍVEL FRAUDE NOS ORÇAMENTOS APRESENTADOS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO EVENTO. FALSIDADE NÃO COMPROVADA. REPRESENTANTES DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS QUE CONFIRMAM A VERACIDADE DOS DOCUMENTOS EM JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO PREJUÍZO AO ERÁRIO NAS AVENÇAS FIRMADAS PELO PODER PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA. DISPENSA DE LICITAÇÃO CABÍVEL NA ESPÉCIE. IRREGULARIDADES PROCEDIMENTAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM COM ATOS DE IMPROBIDADE. RECURSOS

Apelação Cível n. 0900034-34.2016.8.24.0037

CONHECIDOS E DESPROVIDOS (TJSC, [Ap. Cív. n. 0900026-21.2014.8.24.0007](#), de Biguaçu, rel. Des. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 02/07/2019).

A questão da forma - condução do processo licitatório, inobservância do critério de *exclusividade* do empresário, existência, ou não, da consagração pública da banda -, acaba constituindo elemento insuficiente para condensar a tipicidade descrita na Lei n. 8.429/92.

Pois bem.

Em observância aos princípios constitucionais que regem o processo civil, especialmente os da *economia* e *celeridade processual* - objetivando evitar fastidiosa tautologia -, reproduzo *ipsis verbis* os termos do veredito prolatado na origem:

[...] Portanto, o preço cobrado à maior pela segunda ré, conforme informado pelo Ministério Público, está dentro do usualmente praticado no mercado de shows. Nestas circunstâncias, este Juízo conclui que não houve superfaturamento e não houve prejuízo ao erário público. Também não houve enriquecimento ilícito, na medida em que não foi produzida qualquer prova de que algum dos réus tenha recebido alguma quantia financeira de forma ilícita e proveniente da contratação da [REDACTED] para o show de final de ano no Município de Treze Tílias do ano de 2016.

O fato do contrato ter sido firmado antes do final do processo administrativo de dispensa de licitação pode representar pequena irregularidade, porém incapaz de anular a contratação realizada. Esta irregularidade, por si só, é imprópria para provar a existência de algum dolo dos réus. É possível por exemplo, que, após aberto o processo administrativo de inexigibilidade de licitação, a Prefeitura Municipal teve que, antecipadamente, assinar o contrato a fim de garantir a agenda da mencionada banda musical. Vejam, o processo administrativo de inexigibilidade de licitação somente foi homologado no dia 23.12.2015. Uma banda não poderia ficar até esta data sem a certeza de contratação do show de final de ano.

[...]

5.2.1 Portanto, esse poderia ter sido um dos motivos que levou a Prefeitura Municipal de Treze Tílias, antes do final do processo de inexigibilidade de licitação, a assinar o contrato com o segundo réu. Trata-se de raciocínio razoável. Portanto, esta pequena irregularidade, por si só, não caracteriza qualquer dolo dos réus. Haveria necessidade da produção de uma prova complementar para caracterizar uma conduta dolosa, de má fé, por parte dos réus. Porém, esta prova complementar não foi produzida durante a instrução processual.

[...]

Apelação Cível n. 0900034-34.2016.8.24.0037

No caso dos autos, não foi produzida qualquer prova no sentido de que eventuais e alegadas ilegalidades na contratação da [REDACTED], para o evento Réveillon 2016 do Município de Treze Tílias, tenham sido praticadas com dolo por alguns dos réus. Além disso, como já se concluiu, também não ocorreu enriquecimento ilícito por parte dos réus e, tampouco, prejuízo ao erário público [...] (fls. 476/482).

Por derradeiro, para o deslinde da *quaestio* - em razão de sua pertinência e adequação -, por sua própria racionalidade e jurídicos fundamentos abarco integralmente a intelecção professada pela Procuradora de Justiça Gladys Afonso, que reproduzo, consignando-a em meu voto, nos seus precisos termos, como razões de decidir:

[...] Não se pretende, com tal afirmação, desmerecer as qualidades do conjunto ou insinuar que não houve uma motivação técnica por trás da decisão direta e unilateral por parte da administração pública, mas apenas acentuar que este não se enquadra como profissional artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, e, portanto, a contratação realizada não pode ser vista como uma hipótese de dispensa de licitação, havendo, no presente caso, irregularidade patente quanto ao método de escolha dos músicos.

Neste ponto, não é possível coadunar com o entendimento do magistrado de primeiro grau no sentido de que não é viável realizar a licitação para a contratação de *shows* pela ausência de viabilidade de estabelecer critérios objetivos claros e eficientes, em virtude da falta de previsão legal neste sentido e do vislumbre da existência de critérios objetivos que poderiam ter sido utilizados para a licitação sem comprometer a qualidade do serviço, como o tempo de duração da apresentação, o número de músicos e instrumentos, o tempo de carreira e de concertos realizados, entre outros.

Por outro lado, entende-se que o juízo *a quo* agiu com acerto ao se manifestar pela ausência de superfaturamento, na medida em que o valor pago pelo *show* da banda (R\$ 14.000,00 [quatorze mil reais]) revela-se compatível com as tarifas de mercado e o fato de ter sido realizado na virada do ano justifica o aumento do cachê em comparação com outras apresentações ao longo do ano, não havendo qualquer suspeita de que houve a elevação do montante de forma proposital para gerar lucro indevido em prol de agentes públicos ou do próprio particular.

Da mesma forma, a circunstância de o contrato ter sido firmado durante o decorrer do processo de dispensa de licitação, mas antes de sua homologação, representa uma irregularidade, mas não constitui, por si só, ato de improbidade, visto que posteriormente foi validada a possibilidade de inexigir o processo licitatório e havia pouco tempo disponível até o evento, o que pode ter justificado a necessidade de contratação imediata para garantir a reserva da banda.

Da conjugação de todos os elementos envolvendo o presente caso, é possível concluir que não houve a prática de ato de improbidade por prejuízo ao

Apelação Cível n. 0900034-34.2016.8.24.0037

erário (art. 10, inciso VIII, da Lei de Improbidade Administrativa) e violação aos princípios administrativos (art. 11, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa), em razão da não verificação dos necessários dolo ou má-fé, ou culpa grave (art. 10), na conduta dos requeridos, porquanto tudo indica que não houve intenção deliberada de frustrar o procedimento licitatório, causar dano à coletividade ou mesmo atuar de forma desonesta, sendo visível que, apesar de ter havido desobediência aos trâmites burocráticos necessários para a contratação, o resultado foi produtivo ao interesse coletivo como um todo [...] (fls. 543/550).

Em arremate, objetivando repelir eventual oposição de aclaratórios, pondero algumas reflexões:

(1) a pendência na demonstração da exclusividade do empresário, juntamente com a aventureira ausência da inscrição da [REDACTED] no Sindicato dos Músicos, além da juntada *a posteriori* do *Parecer Jurídico*, são circunstâncias insuficientes para caracterização da improbidade; (2) relativamente à aclamação nacional - critério de difícil aferição -, sobejam alguns encartes indicando que a [REDACTED] já realizou shows para um público relativamente abrangente (fls. 27/32), e (3) o *Parquet* justifica que a fixação de alguns critérios objetivos poderiam ter integrado o caderno editalício, "como tempo de constituição da banda, número de vocalistas, número de bailarinos, instrumentos a serem executados, repertório, entre outros, já que é notório que outras bandas oferecem serviço similar na região sul do país [...]" (fl. 496).

Apesar de prudente, se houvesse a exigência desses minudentes detalhes, poderia ocorrer um efeito contrário à almejada competitividade, levando à conclusão de um suposto direcionamento, caso apenas uma banda apresentasse, por exemplo, o número de 4 (quatro) bailarinos.

Sobre a matéria, Marçal Justen Filho sublinha que "será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as diferentes performances artísticas [...]"².

Epilogando, o *custos legis* digladia que se o evento é tradicional,

² Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 380.

Apelação Cível n. 0900034-34.2016.8.24.0037

ocorrendo reiteradamente todos os anos, o chefe do poder executivo já poderia ter se programado antecipadamente, inexistindo justificativa plausível para o atropelo dos atos, evidenciando o dolo do agente eletivo.

A anotação é válida.

Porém, entendo que a intercorrência pode ser solucionada sem adentrar no campo da improbidade.

Basta ver que o art. 102 da Lei n. 8.666/93, permite ao magistrado declinar ao Tribunal de Contas eventuais intercorrências condizentes com a Lei de Licitações.

Ou seja, o ordenamento jurídico legal pátrio assenta providências que dispensam necessariamente desaguar a irregularidade na seara da improbidade administrativa.

Dessarte, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Em sede de Reexame Necessário, confirmo a sentença.

É como penso. É como voto.