



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2021.0000795457

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003770-82.2016.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados ORLEANS E CARBONARI EVENTOS LTDA. e JOÃO CURY NETO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Marília Rodrigues Alves Carminatti e fez o uso da palavra a Exma. Procuradora de Justiça Deborah Pierri.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA E LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 27 de setembro de 2021.

FERNÃO BORBA FRANCO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto n.º 9763

Apelação Cível n.º: 1003770-82.2016.8.26.0079

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelados: Orleans e Carbonari Eventos Ltda. e João Cury Neto

Comarca: Botucatu

Juiz: Fábio Fernandes Lima

Apelação. Improbidade administrativa. Contratação de artistas para performance musical no aniversário da cidade. Declaração de inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, III, da Lei n.º 8.666/93. Violação dos pressupostos legais para a contratação direta. Empresa intermediadora que não detém a exclusividade de representação dos artistas, mas tão somente o direito de agenciamento em datas específicas. A exclusividade do empresário, pressuposto para a inexigibilidade, envolve, pois, atividade perene e duradoura. Contratação, ademais, que viola o art. 26 da Lei n.º 8.666/93, vez que não precedida de avaliação mercadológica, justificativa do preço ou fundamento para a contratação. Empresa que buscou a municipalidade e apresentou unilateralmente a proposta de valor, desprovida de orçamento que demonstrasse a destinação dos valores (cachês dos artistas e remuneração da própria intermediadora). Subsunção às condutas ímprobas descritas no art. 9º, caput, art. 10, VIII e art. 11, caput e inciso I da Lei n.º 8.429/92. Sentença reformada para julgar procedentes os pedidos. Recurso provido.

Trata-se de recurso de apelação contra r. sentença que julgou improcedentes os pedidos.

Recorre o Ministério Público do Estado de São Paulo sustentando falta de previsão legal para a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de empresa intermediadora para apresentação artística. Argumenta que a concessão de preferência de contratação com data específica evidencia a fabricação da exclusividade, vez que inexistente a figura de empresário exclusivo *ad hoc*. Requer a reforma da r. sentença para condenar os apelados às sanções previstas no art. 12 da Lei n.º 8.429/92, pela prática dos atos de improbidade dispostos no artigo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

9º, “caput”, no artigo 10, inciso VIII, e, subsidiariamente, no artigo 11, “caput” e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92.

Contrarrazões regularmente apresentadas.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 756).

É o relatório.

Em que pesem as razões da r. sentença, de rigor o acolhimento do apelo.

Consta dos autos que em 13/03/2015 a empresa Orleans e Carbonari Eventos Ltda. enviou carta proposta à Prefeitura Municipal de Botucatu oferecendo a realização de apresentações artísticas para a comemoração dos 160 anos da cidade.

A proposta apresenta a seguinte programação: a) 11/04/2015: show da dupla Hugo e Tiago; b) 12/04/2015: show gospel de Amanda Ferrari; c) 13/04/2015 – show do cantor Fábio Jr e d) 14/04/2015 – show do cantor Gustavo Lima.

A proposta também afirma que forneceria i) 15 seguranças por dia para o palco e 2 seguranças para guarda do palco, sol e luz; ii) 15 carregadores para montagem e desmontagem de palco, som, luz e cenografia; iii) abastecimento dos camarins; iv) hotel e alimentação para artistas e equipes; v) transporte (vans) para artistas e equipes.

Para tanto, a empresa ofereceu a proposta de R\$ 600.000,00, apresentando, em sequência, carta de exclusividade da cantora Amanda Ferrari (fls. 46) datada de 10/03/2015 exclusivamente para o dia 12/04/2015; carta apontando direito de preferência da dupla Hugo e Tiago tão somente para o dia 11/04/2015, subscrita em data desconhecida, dado que os dados estão apagados (fls. 54); declaração do representante do cantor Gustavo Lima em que consta em favor da empresa Orleans autorização para “*comercializar o show do artista*” no dia 14/04/2015 (em que pese o documento esteja nomeado como “*declaração de exclusividade*”, tal conteúdo não é visto em seu corpo) e, por fim, apresentou-se (fls.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

74) declaração de preferência subscrita pela empresa que representa o cantor Fábio Jr., em favor da Orleans, tão somente para o dia 13/04/2015.

Feito o relato, a análise sequencial dos fatos denota realidade no mínimo curiosa.

Em primeiro momento, é possível constatar que a Prefeitura foi procurada pela empresa e não houve prévia publicação, pela municipalidade, de qualquer instrumento convocatório demonstrando interesse na contratação de apresentações artísticas para o aniversário da cidade. Muito menos da específica pretensão das performances oferecidas, ou sequer dos artistas pretendidos.

Além disso, a carta proposta vem desacompanhada de qualquer demonstrativo que permita compreender o montante destinado a cada artista e o quanto do orçamento seria devido à própria empresa contratada pela prestação dos serviços. O montante proposto é, nessa perspectiva, absolutamente aleatório.

Acrescente-se que a representação (de 09/03/2015 a 09/03/2016) da cantora Amanda Ferrari foi assinada pelo empresário Adailton Matos Costa no dia imediatamente anterior à subscrição (10/03/2015) da carta de exclusividade deste último, em favor da empresa corrê. Mais curioso ainda é que a carta de exclusividade está duplicada a fls. 47, subscrita em 04/03/2015, outorgando a Orleans & Carbonari Eventos Ltda. a exclusividade pela realização do show quando o próprio empresário (Sr. Adailton) ainda não detinha a representação (assinada pela cantora tão somente em 09/03/2015).

Ademais, a contratação da cantora é objeto do contrato firmado com a Municipalidade de Botucatu (contrato n.º 120/2015 - cláusula primeira), contudo não houve emissão de nota fiscal que comprovasse o valor que lhe foi pago pela performance realizada.

Não é ainda a única irregularidade na execução contratual quanto ao pagamento, posto que o instrumento prevê que “*o pagamento se dará somente após o término das apresentações, mediante apresentação de nota fiscal/fatura*” (cláusula terceira). Entretanto, a ordem de pagamento e a transferência bancária (fls. 107) datam de 15/04/2015, enquanto a nota fiscal do cantor Gustavo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Lima (representado pela empresa Balada Eventos e Produções Ltda.), que foi a apresentação mais cara, apenas foi emitida em 16/04/2015 (fls. 254). Sequer existe, nas notas fiscais apresentadas pela corré em sua peça contestatória, o carimbo que aponte seu recebimento pela Prefeitura, muito menos sua aprovação pela secretaria competente.

A fabricação da exclusividade é evidente porque, caso o cronograma apresentado pela empresa fosse modificado (exemplifica-se: 11/04 Gustavo Lima, 12/4 Fábio Jr., 13/4 Amanda Ferrari, 14/4 Hugo e Tiago), por conveniência e oportunidade da Prefeitura, o direito de preferência e as cartas de exclusividade não mais teriam validade, pois subscritas com datas específicas.

Caso a empresa detivesse, verdadeiramente, a exclusividade de representação artística dos artistas (como de fato o detém Balada Eventos e Produções Ltda. quanto ao cantor Gustavo Lima; Hugo e Tiago Promoções Artísticas Ltda. e o sr. Hamilton Régis Policastro, quanto à dupla de mesmo nome; Adailton Matos Costa, quanto à cantora Amanda Ferrari e ainda MC3 Promoções e Produções Artísticas Ltda, quanto ao cantor Fábio Jr.) a data das apresentações seria irrelevante, posto que a impossibilidade de serem as contratações realizadas por empresa diversa (a derivar, de tal fato, a inexigibilidade) remanesceria em qualquer cenário.

Não é o que se observa. Vale dizer: a exclusividade, no presente cenário, decorria tão somente da integral adoção, pela Municipalidade, do calendário ofertado unilateralmente pela empresa.

É certo que nem toda ilicitude enseja a improbidade. Para que esta se verifique, necessária se faz a figura do dolo, ou ao menos de culpa inescusável, elemento subjetivo norteador da conduta do agente em detrimento do erário ou dos princípios norteadores da Administração Pública. Sem imoralidade qualificada pelo enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou prática de ato atentatório aos princípios da Administração Pública, não há que se falar em improbidade administrativa de repercussão na esfera civil e criminal, mas tão somente em ilícito administrativo, sujeito exclusivamente às regras deste microsistema.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nesse sentido, é firme a jurisprudência do Col. STJ: “*O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa)*” (REsp 1186192/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 02/12/2013).

A improbidade, pois, supõe um juízo sobre a honestidade do agente (ou, na hipótese, a falta de). Dito isso, indaga-se se haveria alguma dúvida remanescente quanto à caracterização do dolo, sendo negativa a resposta.

O art. 37, XXI, da Constituição Federal, estabeleceu como regra para a contratação de obras e serviços pela Administração Pública a necessidade de prévia licitação, processo este que tem por finalidade satisfazer os interesses da coletividade ao garantir a proposta mais vantajosa ao Estado, bem como a isonomia das contratações públicas, evitando favorecimentos pessoais. A contratação sem prévio procedimento licitatório, portanto, é exceção, reservada apenas aos casos específicos autorizados pelo legislador.

Atenta às peculiaridades de alguns objetos, a Lei nº 8.666/93 estabelece que a licitação será inexigível sempre que for inviável a realização de competição entre os interessados. Nesta perspectiva, assim dispõe a hipótese normativa que pretende justificar a contratação ora em análise:

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

(...)

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.

(...)

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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.

A leitura dos dispositivos permite concluir que a contratação direta do profissional do setor artístico exige a presença conjunta dos seguintes requisitos: a) consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública; ii) processo administrativo que fundamente a escolha e que realize análise mercadológica a justificar o preço, a permitir o controle de legalidade e razoabilidade do ato administrativo que declara a inexigibilidade; c) que a contratação seja formalizada diretamente com o artista ou com empresário que o represente com exclusividade.

Embora a consagração pela crítica seja discutível em parte das contratações, os demais requisitos foram claramente descumpridos. O procedimento foi iniciado por iniciativa da empresa que almejava a contratação, com artistas e valores unilateralmente apresentados. A gestão municipal não pediu qualquer informação quanto à prévia cotação dos cachês e quanto ao montante que seria destinado à própria empresa promotora do evento. Não há nos autos análise mercadológica levada a cabo pela Municipalidade a permitir aferir se de fato os valores eram compatíveis com o mercado ou se haviam outros artistas (igualmente consagrados pela crítica e opinião pública) que poderiam oferecer proposta mais vantajosa. Não há qualquer demonstração de exclusividade em favor da empresa contratada, mas ao contrário os documentos permitem concluir que as empresas e representantes exclusivos dos artistas foram aqueles que subscreveram as referidas cartas. Não há justificativa ou fundamento para a contratação de Orleans &



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Carbonari que ateste a impossibilidade de contratação de empresa diversa ou contratação direta dos artistas. Não houve apresentação prévia ou procedimento administrativo de análise das notas fiscais apresentadas antes que se realizasse o pagamento da empresa.

Como dito à exaustão: a co-requerida não era empresária exclusiva dos artistas contratados, mas simplesmente empresa autorizada a intermediar contratação entre o Poder Público e os profissionais, autorização essa conferida a ela justamente pelos empresários, exclusivos, de cada um deles. Ocorre que a atividade de agenciamento de eventos é passível de competição entre os interessados, ainda que o ofício do artista consagrado pela crítica e pela opinião pública em si não seja suscetível de contratação por meio do estabelecimento de critérios objetivos. Em outras palavras, a contratação de artista consagrado independe de licitação apenas quando só puder ser realizada diretamente com ele ou com seu empresário exclusivo. Caso contrário, será plenamente possível a disputa entre as empresas interessadas em intermediar/agenciar a contratação.

A respeito, leciona Irene Patrícia Nohara (Coord. Maria Sylvia Zanella di Pietro. Tratado de Direito Administrativo – 6º volume. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 130): *“A exclusividade do empresário envolve, pois, atividade perene e duradoura. Não se considera como exclusiva uma mera autorização para dados eventos, fornecida para curtos períodos de tempo, pois se o artista firmasse várias autorizações com diversos empresários, haveria viabilidade de competição, o que afastaria a contratação direta por inexigibilidade.”*

Em harmonia, afastando a regularidade da declaração de inexigibilidade na hipótese, a jurisprudência deste E. Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA –
 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA –
 Contratação de artistas para apresentação do carnaval
 de 2018 do Município de Mococa, por meio de
 procedimento administrativo de inexigibilidade de
 licitação previsto no art. 25, III, da Lei nº 8.666/93 –
 Irregularidade do procedimento, uma vez que as
 contratações se deram com empresa intermediária
 que detinha a exclusividade apenas nas datas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

específicas, mas não representação exclusiva dos artistas – Hipótese de inexigibilidade que somente se justifica em caso de contratação direta ou por meio de empresário exclusivo – Violação ao disposto no art. 25, III, da Lei nº 8.666/93 – Ausência de comprovação do prejuízo ao erário – Inaplicabilidade do art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92 – Não obstante, ato de improbidade administrativa constatado – Direcionamento da contratação em processo administrativo – Configuração da conduta ímproba do art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92 – Sentença reformada – Reexame necessário e recurso ministerial providos.

(Apelação / Remessa Necessária 1001859-94.2018.8.26.0360; Relatora Maria Laura Tavares; 5ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 24/04/2020)

ACÇÃO CIVIL – Improbidade administrativa – Simulação de hipótese de inexigibilidade de licitação – Regra excepcional do artigo 25, III, da LF 8666/93 que não se configura diante da contratação de empresa meramente intermediadora – Improbidade administrativa configurada – Danos morais não demonstrados – Recurso parcialmente provido, com extensão aos demais réus (1.005 do CPC).

(Apelação Cível 0001783-76.2014.8.26.0118; Relator Luiz Sergio Fernandes de Souza; 7ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 05/10/2020)

As irregularidades, enfim, são inúmeras e de tal monta que superam a noção de meras irregularidades e denotam claramente o dolo dos agentes envolvidos na contratação.

Nesse ponto, relevante a doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (Improbidade administrativa. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 406): *“Em face da impossibilidade de se penetrar na consciência e no psiquismo do agente, o seu elemento subjetivo há de ser individualizado de acordo com as circunstâncias periféricas ao caso concreto, como o conhecimento dos fatos e das consequências, o grau de discernimento exigido para a função exercido e a presença de possíveis escusas, como a longa repetitivo e a existência de pareceres embasados na técnica e na razão”*.

A análise da capacidade pessoal dos agentes envolvidos (o ex-prefeito é advogado especialista em Direito Tributário segundo seu perfil



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

constante no próprio site da Prefeitura) e das circunstâncias fáticas permitem concluir pela inequívoca intenção de celebrar o ajuste em desrespeito às normas de regência.

Tem-se, pois, o corrêu João Cury Neto por incurso no ato ímprobo descrito no art. 10, VIII e no art. 11, *caput* e inciso I da Lei n.º 8.429/92 e a empresa Orleans e Carbonari Eventos Ltda, pelos atos ímprobos descritos nos mesmos dispositivos, somando-se à previsão contida no art. 9º, *caput*. Frise-se que o enriquecimento é tão somente observável em face da empresa, vez que não foram apresentadas as propostas orçamentárias que permitissem especificar quanto do montante foi repassado à cantora Amanda Ferrari (se de fato o foi) e qual valor foi percebido pela própria empresa pela prestação dos serviços. Não há, neste aspecto, demonstração de conluio do ex-prefeito ou de direcionamento de parte da vantagem patrimonial em seu favor, a afastar o art. 9º, *caput* de sua conduta.

Da mesma forma, é possível excluir do dano ao erário os valores que foram efetivamente repassados aos artistas Gustavo Lima (R\$ 200.000,00 – fls. 524), Hugo e Tiago (R\$ 80.000,00 – fls. 255) e Fábio Jr. (R\$ 95.000,00 – fls. 256). Subtraídos os valores, constata-se a diferença de R\$ 225.000,00 cuja destinação é desconhecida - e para o que, não custa repetir, era perfeitamente viável certame para contratar a proposta mais vantajosa.

Nestes termos, e observados os respectivos incisos do art. 12, condena-se:

JOÃO CURY NETO: ao ressarcimento integral do dano (R\$ 225.000,00), em solidariedade à corrê Orleans e Carbonari; suspensão dos direitos políticos por 8 (oito) anos; multa civil em uma vez o valor do dano (R\$ 225.000,00), e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

ORLEANS E CARBONARI EVENTOS LTDA.: perda dos valores acrescidos ilícitamente ao patrimônio (R\$ 225.000,00); ressarcimento integral do dano (R\$ 225.000,00) em solidariedade com o corrêu JOÃO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

CURY NETO; multa civil em duas vezes o valor do dano (R\$ 450.000,00); e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Ante o exposto, é dado provimento ao apelo do Ministério Público de São Paulo para reformar a r. sentença e julgar procedentes os pedidos.

Sem honorários. Custas *ex lege*.

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento se realizarão por meio virtual, em conformidade com a Resolução n.º 772/2017 de E. Tribunal.

FERNÃO BORBA FRANCO
RELATOR