



**Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais**  
**Justiça de Primeira Instância**

**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**COMARCA DE ALFENAS**

**2ª Vara Cível da Comarca de Alfenas**

**Praça Doutor Emílio da Silveira, 314, Centro, ALFENAS - MG - CEP: 37130-000**

PROCESSO Nº 5003697-63.2017.8.13.0016

CLASSE: AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (64)

ASSUNTO: [Dano ao Erário]

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO - MPMG

RÉU: LUIZ ANTONIO DA SILVA, PROJECTUM COMUNICACAO E STUDIO DE AUDIO E VIDEO LTDA - ME,  
DANIEL DE CARVALHO

VISTOS, ETC.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, devidamente qualificado nos autos em epígrafe, ajuizou a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR COMETIMENTO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA em desfavor de LUIZ ANTÔNIO DA SILVA, DANIEL DE CARVALHO E PROJECTUM COMUNICAÇÃO E STUDIO DE ÁUDIO E VÍDEO LTDA, também devidamente qualificados, via da qual alega que instaurou-se na promotoria o inquérito civil público registrado sob o nº MPMG-0016.16.000102-6, para apuração de possível cometimento de ato de improbidade causador de dano ao erário, considerando que a documentação extraída demonstrava a contratação pela Prefeitura Municipal de Alfenas, no ano de 2011, dos artistas musicais Gino e Geno e Paula Fernandes, por inexigibilidade de licitação, por intermédio da empresa Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo LTDA, para as datas de 26/05/2011 e 29/05/2011, em desacordo com o previsto no artigo 25, III, da Lei 8.666/93. Aduziu que apurou-se que a Prefeitura Municipal de Alfenas, através do ex-prefeito Luiz Antônio da Silva (mandato 2009/2012) celebrou com a requerida Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo LTDA, o contrato administrativo no valor de R\$ 175.000,00, por inexigibilidade de licitação nº 006/2011, para a realização dos shows citados no evento denominado ExpoRodeio, após homologação do processo licitatório 0246/2011 pelo requerido Daniel de Carvalho, Secretário Municipal de Administração. Salientou que o requerido Daniel de Carvalho homologou ilegalmente

o processo licitatório nº 246/2011, inexigibilidade 006/2011 e o requerido Luiz Antônio da Silva contratou ilegalmente a empresa requerida Projectum Comunicação Studio, por inexigibilidade, para que fosse a responsável pela contratação dos artistas. Alegou que a empresa contratada não era empresária exclusiva das atrações e jamais poderia ser contratada por inexigibilidade de licitação pelo Município, à vista da exigência do artigo 25, III, da Lei 8.666/93, que possibilita unicamente a contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade através do próprio artista ou então pelo seu empresário exclusivo. Afirmou que a contratação prevista no artigo 25, inciso III, da Lei de Licitações, deve se dar diretamente com o artista ou através do seu empresário exclusivo, ou seja, aquele que gerencia o artista de forma permanente, o que não ocorreu. Salientou que a empresa WM Shows era quem detinha a exclusividade permanente para representar a dupla Gino e Geno e não a empresa contratada pelo Município. Dissertou que a real detentora permanente e exclusiva da cantora Paula Fernandes é a Talismã, representada por Walter Viudes Júnior. Afirmou que fora recomendado para que fosse realizada a contratação diretamente com os artistas ou de forma exclusiva por meio de seus empresários, para evitar a intermediação. Aduziu que foram feitas outras recomendações, porém, as mesmas não foram atendidas. Argumentou que decidiu arbitrariamente o requerido Daniel de Carvalho pelo prosseguimento do processo, a fim de se realizar a contratação por inexigibilidade, homologando o certame, desconsiderando as recomendações fundamentadas contidas no parecer jurídico. Afirmou que caberiam aos requeridos Daniel Carvalho e Luiz Antônio da Silva, anular o processo licitatório, vez que eivado de legalidade. Discorreu-se acerca da improbidade administrativa dos requeridos, previstos no artigo 10, VIII e XI e artigo 11, caput e inciso I, da Lei 8.429/92. Pugnou pela condenação dos requeridos às penas previstas no artigo 12, II e III da Lei de Improbidade Administrativa. Ao final, pleiteou o Ministério Público do Estado de Minas Gerais pela total procedência da presente Ação Civil Pública.

Documentos que acompanharam a exordial ao ID 33630012, 33630020, 33630026, 33630041, 33630049, 33630062, 33630066, 33630080, 33630093, 33630110, 33630119, 33630135, 33630137, 33630145, 33630153, 33630163, 33630174, 33630182, 33630189, 33630205, 33630216, 33648150, 33648160, 33648172, 33648187, 33648199, 33648209, 33648221, 33648237, 33648253, 33648260, 33648274.

Despacho inicial ao ID 33832747 requereu a notificação dos requeridos, para em 15 dias, apresentarem defesa prévia.

Defesa prévia do requerido Daniel de Carvalho ao ID 37778044, alegando acerca da ausência do elemento subjetivo e não caracterização do ato ímprobo, considerando que a responsabilização por improbidade incide sobre atos que demonstrem a má-fé, desonestidade, com fim de prejudicar o patrimônio público. Afirmou que a diferenciação suscitada pelo MPMG não se sustenta, vez que a função do legítimo empresário exclusivo é justamente intermediar o artista e o possível contratante. Discorreu que à luz do artigo 710 e seguintes do CC, resta claro que a relação contratual existente entre os artistas, seus agentes e a Projectum Comunicação e Studio de Áudio e Vídeo LTDA se perfez dentro da legalidade e respeitando-se os princípios da boa-fé e da autonomia de vontade que regem os contratos. Aduziu que o Município contratante não participou da relação negocial que outorgou a exclusividade de comercialização dos shows à empresa Projectum Comunicação, sendo, portanto, impossível imputar aos réus a prática de ato ímprobo. Alegou que a contratação por inexigibilidade de licitação fora realizada

com a devida observância do artigo 25, III, da Lei 8.666/93, vez que quando tal lei prevê que a contratação de artista consagrado poderá ser feita diretamente ou através de empresário exclusivo, tal diploma não se mete a regulamentar as minúcias do contrato de agência com representação e, portanto, não torna ilegal a utilização de subagente pelo agente (empresário). Discorreu-se acerca da ausência de prejuízo ao erário, considerando que não houve a comprovação de qualquer dano aos cofres públicos, não havendo, ainda, sequer estimativa, sendo o valor fixado de acordo com o valor do contrato. Salientou sobre a ausência de violação do artigo 11, da Lei 8.429/92, vez que ausente o elemento dolo na conduta do réu ao homologar o procedimento de inexigibilidade de licitação.

Defesa prévia do requerido Luiz Antônio da Silva ao ID 41543772, discorrendo acerca da inexistência de ato de improbidade e dano ao erário. Afirmou que a empresa Projectum detinha o poder de decidir a agenda de seus clientes, a municipalidade ré só poderia contratar os mencionados por meio dela. Aduziu que outra possibilidade de se contratar os artistas Gino e Geno e Paula Fernandes feriria a exclusividade pactuada com a última empresa e a municipalidade ficaria privada da possibilidade de contratar tais artistas. Argumentou que do contrato entre os referidos e a empresa projectum se conclui que não havia, para aquelas datas, outro meio de formalizar a participação dos artistas na ExpoRodeio. Salientou que não há que se falar em dano ao erário, uma vez que os show ocorreram. Discorreu-se acerca da não configuração do ato de improbidade administrativa, vez que não há comprovação nos autos de que o Prefeito do Município de Alfenas/MG agiu em conluio com os representantes das empresas contratadas, com dolo ou culpa. Ao final, pugnou pela total improcedência da presente ação.

Ao ID 41768683 certificou-se o decurso de prazo da requerida Projectum Comunicação e Studio de Áudio e Vídeo LTDA, sem qualquer manifestação acerca da defesa prévia.

Manifestação do MPMG quanto às defesas preliminares, ao ID 43933457.

Decisão de ID 45368663 recebeu a ação civil pública calcada na Lei de Improbidade Administrativa em face dos requeridos, bem como requereu a citação dos mesmos para contestarem a ação, no prazo de 15 dias, sob pena de revelia.

O requerido - Luiz Antônio da Silva - devidamente citado, apresentou contestação ao ID 48812452, alegando, preliminarmente, acerca da Reclamação nº 2.138, do STF, vez que conclui-se pela inaplicabilidade da Lei de Improbidade aos agentes políticos. Afirmou que in casu trata-se de Prefeito Municipal e tal cargo possui legislação própria de responsabilização político-administrativa e crimes de responsabilidade e, a tentativa de se fazer incidir a Lei de Improbidade Administrativa caracteriza bis in idem, sendo vedado no ordenamento jurídico. Pugnou pelo reconhecimento da preliminar de inadequação da via eleita, já que os Prefeitos Municipais possuem regramento próprio, sendo inaplicáveis os ditames da Lei de Improbidade Administrativa. Além disso, pugnou pelo sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do Rext nº 976.566/PA. Argumentou acerca da contratação de artistas renomados por inexigibilidade. Salientou que a jurisprudência do STJ já viera a estabelecer que a figura do chamado empresário exclusivo não é estritamente necessária para que seja firmado um contrato administrativo por inexigibilidade de licitação. Aduziu que todos os Municípios de Minas Gerais contratam artistas de renome via empresas locais, as quais possuem, em regra, tão somente uma exclusividade temporária para das datas específicas dos

shows. Discorreu-se acerca da inexistência de prejuízo ao erário; da inoportunidade de proveito econômico obtido pelo requerido; ausência de culpa grave ou dolo e não configuração do elemento subjetivo necessário para a improbidade. Ao final, pugnou pela total improcedência da ação.

O requerido - Daniel de Carvalho - devidamente citado, apresentou contestação ao ID 48938367, alegando, inicialmente, ausência de prejuízo ao erário, considerando que os serviços contratados foram devidamente prestados; ausência de dolo ou culpa grave e impossibilidade de caracterização de ato e improbidade. Salientou acerca da inexigibilidade de licitação. Ao final, pugnou pela total improcedência da presente ação.

Certidão de decurso de prazo sem apresentação de contestação pela requerida - Projectum Comunicação e Studio de Áudio e Vídeo LTDA.

Impugnação às contestação ao ID 50883999.

Despacho de ID 50898632 requereu que as partes indicassem as provas que pretendessem produzir.

Manifestação do MPMG ao ID 51203092 requerendo o julgamento antecipado do feito.

Manifestação do requerido Luiz Antônio da Silva ao ID 52254656 requerendo o deferimento de prova pericial contábil para verificar se houve prejuízo ao erário; intimação da requerida Projectum Comunicação para colacionar aos autos documentação que comprove os gastos que a empresa obteve; expedição de ofício à Prefeitura de Alfenas para comprovação do numerário financeiro que fora arrecadado com a realização dos shows.

Manifestação do requerido Daniel de Carvalho.

Após, os autos vieram-me conclusos.

Eis o relatório.

#### **DECIDO E FUNDAMENTO:**

Trata-se de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, em face de **LUIZ ANTÔNIO DA SILVA, PROJECTUM COMUNICAÇÃO E ESTÚDIO DE ÁUDIO E VÍDEO LTDA E DANIEL DE CARVALHO**, tendo como objetivo a condenação dos requeridos - Projectum Comunicação e Estúdio de Áudio E Vídeo Ltda e Daniel de Carvalho - em improbidade administrativa, por infringirem as disposições do inciso III, do artigo 25, da Lei 8666/93, inciso VIII, do artigo 10 e inciso I e caput do artigo 11, ambos da Lei 8.429/1992 e do requerido - Luiz Antônio da Silva - também em improbidade administrativa, por infringir as orientações do inciso III, do artigo 25, da Lei 8666/93, incisos VIII e IX, do artigo 10 e inciso I e caput, do artigo 11, ambos da Lei 8.429/1992.

*Ab initio*, passo à análise das preliminares suscitadas pelo requerido - Luiz Antônio da Silva - em sede de contestação, quais sejam: inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos e sobrestamento do feito pelo reconhecimento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário.

## 1 - DAS PRELIMINARES:

### 1.1 - DA PRELIMINAR DE INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS:

Alega o requerido, assinalando o julgamento da Reclamação nº 2.138 pelo STF, a não incidência da Lei de Improbidade (Lei 8.429/92) aos Agentes Políticos, como se apresenta o requerido, na qualidade de Prefeito do Município de Alfenas à época dos fatos que lhe são imputados, sob o argumento de que caberia ao Agente Político, a responsabilização político-administrativa e de crimes de responsabilidade com base no Decreto-Lei 201/67, de tal modo que se mostra inadequada a via ora escolhida pelo Ministério Público com fulcro na Lei 8.429/92, incorrendo em *bis in idem*.

Quanto a tais alegações, tem-se que as mesmas não merecem prosperar. Senão, vejamos:

Pois bem. A conclusão adotada pelo Colendo STF no julgamento da Reclamação nº 2.138/DF, da relatoria do eminente Ministro NELSON JOBIM (j. 13.06.2007), é inaplicável à situação evidenciada nestes autos, porquanto aquele julgado cuidou da competência para o processamento de ação de improbidade proposta contra ato praticado por Ministro de Estado (artigo 102, I, 'c', da CR), circunstância diversa da presente, que envolve o Prefeito Municipal, não se podendo estender ao apelante os efeitos daquela decisão na qual se afastou a competência do juízo comum para o julgamento dos crimes de responsabilidade.

Assim, a colenda Quarta Câmara Cível, ao apreciar caso símile ao que se examina, decidiu que **"a Lei nº 8.429/92 aplica-se aos agentes ou ex-agentes políticos, detentores de mandato eletivo, conforme as regras dos seus arts. 1º e 2º, que abrangem toda e qualquer pessoa que, mantendo relação com a Administração pública, tenha praticado ato de improbidade administrativa"** (RN/AC nº 1.0439.05.042409-2/001, Rel. Des. ALMEIDA MELO, j 10/04/2008), valendo destacar que **"a jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que os agentes políticos municipais se submetem aos ditames da Lei n. 8.429/1992, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no DL nº 201/1967 (...)"** (AgRg no REsp. nº 1.275.576/PR, Rel. Min. GURGEL DE FÁRIA, DJe: 19/12/2017).

Desse modo, conquanto reconhecida a Repercussão Geral dessa questão (ARE nº 683.235/PA, substituído pelo RE nº 976.566, DJe: 20.06.2016), ainda pendente de julgamento quanto ao mérito, é certo que se deve continuar adotado a jurisprudência pacífica do citado Tribunal Superior no sentido de que **"a ação de improbidade administrativa, com fundamento na Lei nº 8.429/92, também pode ser ajuizada em face de agentes políticos"** (AI nº 809.338 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe: 24.03.2014).

Neste mesmo sentido já decidiu o Eg. Tribunal de Justiça mineiro:

**EMENTA: ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LEI Nº 8.429/92 - APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS - ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - PREFEITO - DECISÃO JUDICIAL DETERMINANDO O SEU AFASTAMENTO DO CARGO - UTILIZAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO COMO MOTORISTA E VEÍCULO OFICIAL PARA ATENDER INTERESSES PARTICULARES - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, PREJUÍZO AO ERÁRIO E OFENSA AOS PRINCÍPIOS**

DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADA - DOSIMETRIA DA PENA - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO DESPROVIDO. 1. Conquanto reconhecida a Repercussão Geral acerca da aplicabilidade da LIA aos Prefeitos (ARE nº 683.235/PA), ainda pendente de julgamento quanto ao mérito, é certo que se deve continuar adotando a jurisprudência do colendo STF no sentido de que **"a ação de improbidade administrativa, com fundamento na Lei nº 8.429/92, também pode ser ajuizada em face de agentes políticos"** (AI nº 809.338 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe: 24.03.2014). 2. Demonstrando o conjunto probatório que o réu, mesmo tendo ciência inequívoca da decisão judicial que o afastou do exercício do cargo de Chefe do Poder Executivo, utilizou de veículo oficial para atender interesses exclusivamente particulares, referida conduta configura ato de improbidade administrativa tipificada nos artigos 9º, inciso XII, 10, inciso II, e 11, 'caput', todos da Lei nº 8.429/92. 3. As sanções do artigo 12 da LIA não são necessariamente cumulativas, cabendo ao Magistrado a sua dosimetria, segundo princípio da razoabilidade que também deve ser observado na aplicação das sanções administrativas." (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0271.10.002390-9/001 - COMARCA DE FRUTAL - APELANTE(S): HUMBERTO TOMÉ FERREIRA - APELADO(A) (S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - 20/08/2018). (GRIFEI).

Logo, rejeito a preliminar suscitada.

**1.2 - DA PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO DO FEITO COM BASE NO RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL SUSCITADA NO RE Nº 976.566:**

Pleiteia o requerido o sobrestamento do feito com base no reconhecimento da Repercussão Geral da questão constitucional suscitada no ARE nº 683.235/PA, de 09/08/2012, substituído pelo RE nº 976.566, de 20/06/2016, acerca da aplicação da Lei 8.429/92 a Prefeitos Municipais.

Entretanto, tem-se que razão novamente não acompanha o requerido em tais alegações. Senão, vejamos:

Pois bem. O julgado apresenta a seguinte ementa:

*"Recurso extraordinário com agravo. 2. Administrativo. Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa - Lei 8.429/1992 a prefeitos. 3. Repercussão Geral reconhecida." (ARE 683235 RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgado em 30/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013 REPUBLICAÇÃO: DJe-124 DIVULG 27-06-2013 PUBLIC 28-06-2013 ).*

Todavia, o pedido do requerido não merece guarida, considerando que, no caso em apreço, embora se discuta a aplicação da Lei de Improbidade a atos praticados pelo Prefeito Municipal, certo é que não há, no caso paradigmático (ARE 683235 RG), que foram fixados os pontos controvertidos, contudo, não houve a determinação de suspensão dos autos cujos recursos tratam da mesma questão. Assim, não há que se falar em sobrestamento obrigatório dos feitos.

Esse tem sido, ainda, o entendimento adotado pelo Eg. Tribunal:

*"(...) - Não há qualquer óbice à aplicação da lei de Improbidade Administrativa a Prefeitos, sendo que o agente pode responder tanto pela improbidade como pelo crime de responsabilidade previsto no Decreto Lei nº 201/67. - O reconhecimento de Repercussão Geral da questão constitucional suscitada no*

*Recurso Extraordinário com Agravo ARE 683235 versando justamente sobre a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa a Prefeitos, não tem o efeito de determinar o sobrestamento das ações que versam sobre o tema e correm em 1ª e 2ª instância, mas apenas de eventuais recursos extraordinários versando sobre a matéria. (...)*" (TJMG - Apelação Cível 1.0153.14.009382-1/001, Relator: Des. Carlos Roberto de Faria, 8ª CÂMARA CÍVEL, j. 09/03/2017, p. 27/03/2017).

Portanto, embora não se olvide da pendência do julgamento do RE nº 976.566/PA, Tema 576, quando será definida a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa em face dos prefeitos, não se justifica o sobrestamento do feito.

Por estas razões, indefiro o pedido de suspensão do feito.

Destarte, verifica-se, *in casu*, que não há mais questões preliminares, estando presentes as demais condições da ação e os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, encontrando-se os autos em ordem, bem como sem nulidades aparentes.

Neste cenário, à luz das disposições do artigo 355, I e II, do Código de Processo Civil, saliento que o feito comporta julgamento antecipado. Senão, vejamos:

## **2 - DAS PROVAS PLEITEADAS PELOS REQUERIDOS:**

Pois bem. O princípio da ampla defesa visa assegurar a utilização, pelas partes, de todos os meios legais para a obtenção de uma sentença favorável, passando pela produção das provas.

A qualidade de destinatário da prova exige do Juiz a análise da pertinência, relevância e necessidade da prova a ser produzida, impondo-se, por outro lado, que o julgamento seja proferido apenas com base naquelas existentes nos autos.

Assim, não assumindo as provas requeridas pelos réus relevância suficiente para influir no julgamento da demanda, não se avista, a título de esclarecimento, cerceamento de defesa que encerra a instrução independente da respectiva produção.

No caso, os requeridos pugnaram pela produção de prova pericial contábil, para quantificar se houvera ou não prejuízo efetivo ao erário; pleitearam pela expedição de ofício à Prefeitura de Alfenas/MG para comprovação de todo numerário financeiro que viera a ser arrecadado com a realização dos shows referente à venda de ingressos e, ainda, a intimação da Projectum Comunicação para colacionar aos autos toda a documentação que comprove os gastos com a contratação dos artistas.

Todavia, as provas pleiteadas pelos requeridos não se mostram relevantes para o deslinde do feito. Senão, vejamos:

Primeiro, porque não é a prova pericial que dirá se nos procedimentos realizados pelo Município, foram ou não observadas as regras traçadas pela Lei 8.666/93. Também não é a prova pericial que dirá se houve ou não realização de contratação irregular, ou seja, se o Município contratou e realizou pagamentos para contratação dos artistas sem formalizar um processo licitatório e se tal prática é ilegal. Isso é matéria de direito e demanda tão somente análise dos documentos referentes aos procedimentos realizados pelo Município para a contratação dos artistas sem o procedimento licitatório, com base no artigo 25,

inciso III, da Lei 8.666/93.

Segundo, porque a ação, quanto à pretensão de condenação dos réus ao ressarcimento ao erário, não se discute acerca do numerário financeiro arrecadado com a realização dos shows referente à venda de ingressos, mormente porque é público e notório nesta Comarca (artigo 374, inciso I, do CPC), que os shows ocorridos nesta cidade nos dias 26/05/2011 e 29/05/2011, pelos artistas Gino e Geno e Paula Fernandes, foram abertos ao público, ou seja, gratuitos e, o Ministério Público pretende que os réus sejam condenados a devolver aos cofres públicos toda a quantia referente à contratação da empresa requerida - Projectum Comunicação - que afirma ter ocorrido sem a necessária formalização de procedimentos licitatórios.

Ou seja, pelo que foi posto na inicial da ação, cabe aos requeridos defender-se da alegação de que são obrigados a devolver aos cofres públicos todo o valor referente à contratação realizada sem a formalização de processo licitatório, independentemente se houve ou não, efetivamente, dano ao erário, mormente porque, se eventualmente tiver sido apurado a irregularidade na contratação da empresa Projectum Comunicação, os requeridos deverão devolver aos cofres públicos os valores referentes à contratação sem processo licitatório, considerando que a violação da Lei de Licitações na contratação da empresa requerida, por si só, constitui o dano ao erário. Sendo assim, inobservada dolosamente requisito legal para se efetuar a contratação por inexigibilidade, resta frustrada a licitude da licitação, o que, segundo o artigo 10, inciso VIII, configura ato de improbidade administrativa por causar lesão ao erário, vez que o dano causado em virtude de restar frustrada a licitude do procedimento licitatório é presumido.

Desse modo, indefiro a produção das provas pleiteadas pelos requeridos, não caracterizando cerceamento de defesa tal indeferimento, diante da irrelevância das mesmas para influir no julgamento da demanda.

Feitas tais considerações, passo à análise meritória da presente Ação Civil Pública.

### **3 - DO MÉRITO:**

Cuida-se de ação civil pública por cometimento de ato de improbidade administrativa, movida pelo *Parquet* contra os requeridos Luiz Antônio da Silva, Daniel de Carvalho e Projectum Comunicação e Studio de áudio e Vídeo Ltda, visto que Prefeitura Municipal de Alfenas, pelo requerido Luiz Antônio da Silva, ex-Prefeito Municipal (mandato 2009/2012), celebrou ilegalmente com a empresa requerida Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo Ltda o contrato administrativo nº 079/2011, no valor de R\$ 175.000,00, por inexigibilidade de licitação nº 006/2011, para a realização dos shows dos artistas musicais Gino e Geno e Paula Fernandes no evento denominado ExpoRodeio, ocorrido em Alfenas nas datas de 26 e 29 de maio de 2011, após homologação também ilegal do processo licitatório nº 0246/2011 pelo requerido Daniel de Carvalho, então Secretário Municipal de Administração, haja vista que transgrediram o conteúdo normativo contido no artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/93, visto que não respeitada a exigência de contratação de profissional de qualquer setor artístico diretamente ou através de empresário exclusivo, de tal forma que todos infringiram o artigo

10, inciso VIII, da Lei 8.429/92, ou, ainda, subsidiariamente, o artigo 11, *caput*, e inciso I, da mesma norma jurídica.

### **3.1 - DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:**

A Constituição da República, no artigo 37, resguarda os princípios norteadores da Administração Pública, os quais devem ser observados em toda e qualquer conduta administrativa.

O § 4º, do referido artigo 37, exterioriza, de modo expresse e direto, regra específica sobre os atos de improbidade administrativa:

*"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

*[...]*

*§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

*[...] "*

Segundo Alexandre de Moraes, os atos de improbidade administrativa são *"aqueles que, possuindo natureza civil e definidamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público"* ("Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas: 2002, p. 2610).

A Ação Civil Pública, por sua vez, tem a finalidade de anular ato administrativo gerador de prejuízo ao erário ou à moralidade da Administração Pública, impondo ao seu agente a responsabilidade, dentre outras, de ressarcimento, porque ímprobo.

Equivale dizer: o agente público, político ou terceiro, deve ter utilizado a coisa pública de forma indevida e irregular, ilegitimando o ato e caracterizando desvio de seu itinerário para o campo da ilicitude ou da imoralidade.

Conforme a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

*"A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedente no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem."* (in Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 673).

O art. 1º da Lei Federal Nº 8.429/92 dispõe que os atos de improbidade

administrativa serão praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual.

E conceitua agente público para fins de improbidade administrativa, *verbis*:

*"Art. 2º. Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior."*

O art. 3º da referida lei prevê a sua aplicação também para *"aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta"*.

Nessa toada, entende-se que a Lei de Improbidade Administrativa ampliou o conceito de agente público para abranger todos aqueles que, no exercício de suas funções, pratiquem ou concorram para a prática de atos ímprobos, considerados como aqueles que violam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, trouxe a principal disciplina acerca das hipóteses de configuração dos atos de improbidade administrativa e das sanções cabíveis, em seu art. 12

O artigo 9º desse diploma legal, por sua vez, enumera os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; já o artigo 10, os que causam prejuízo ao erário; e o artigo 11, os que atentam contra os princípios da Administração Pública, dispensando efetiva demonstração de lesão ao erário ou de enriquecimento ilícito.

Sobre o tema, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO ensina que:

*"A doutrina, em geral, procura distinções quanto ao sentido de probidade e de moralidade, já que ambas as expressões são mencionadas na Constituição. Alguns consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é um subprincípio da moralidade. Para outros, a probidade é conceito mais amplo do que o de moralidade, porque aquela não abarcaria apenas elementos morais. Outros ainda sustentam que, em última instância, as expressões se equivalem, tendo a Constituição, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio (art. 37, caput) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (art. 37, § 4º). Em nosso entender, melhor é esta última posição. De um lado, é indiscutível a associação de sentido das expressões, confirmadas por praticamente todos os dicionaristas; de outro, parece-nos desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mesmo fim - a preservação do princípio da moralidade administrativa. Decorre, pois, que, diante do direito positivo, o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade."* (in Manual de direito administrativo. 24. ed. rev., ampl. e atual. até 31 de dezembro de 2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 984)

As normas processuais sobre a improbidade administrativa retratam a aplicação do Direito Público que, diversamente do Código de Processo Civil, tem

por finalidade precípua a proteção do interesse público e não assegurar a tutela jurisdicional de interesses individuais, o que justifica, por si, o tratamento severo conferido pelo constituinte.

Prosseguindo, é indiscutível que o Chefe do Poder Executivo, na qualidade de gestor de ente federado, eleito para proteger o interesse público, deve zelar pelo patrimônio público, obrigação esta que emana das normas constitucionais, notadamente dos princípios da legalidade, publicidade, moralidade e eficiência. Do contrário, incorrerá em ato de improbidade administrativa.

Na hipótese em apreço, a verificação da prática de ato de improbidade administrativa perpassa pela análise da licitude do procedimento de inexigibilidade de licitação para contratação da empresa Projectum Comunicação, também parte requerida neste processado.

A licitação, segundo JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, trata-se de:

*"Procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas por vários interessados, com dois objetivos - celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico."* (in Manual de Direito Administrativo. 25. ed. rev. ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 234).

O princípio da obrigatoriedade de licitação está previsto na Constituição da República de 1988, em seu art. 37, XXI, segundo o qual:

*"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

*[...]*

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

*[...]"*

A licitação, portanto, traduz procedimento que visa a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, assegurada a igualdade de condições entre todos os concorrentes, selecionando o licitante apto a executar de maneira satisfatória o objeto do contrato.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da CR/88, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, conforme se aúfere no artigo 25 da Lei 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." (GRIFEI).

Destaca-se, portanto, a inexigibilidade de licitação para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (Artigo 25, III, da Lei nº 8.666/93).

Segundo referida norma, a princípio, não haveria nenhum óbice à contratação da ré Projectum Comunicação e Studio de Áudio e Vídeo LTDA, desde que fosse comprovada a sua condição de empresária exclusiva dos artistas renomados comprovadamente detentores dos direitos autorais sobre os shows que se deseja contratar.

Todavia, o que se verifica dos documentos constantes dos autos é que tal empresa não detinha nenhuma exclusividade robustecendo a conclusão de que a dicção "empresário exclusivo" não passou de expediente para fraudar a Lei de Licitações.

### **3.2 - DAS ALEGAÇÕES DO REQUERIDO LUIZ ANTÔNIO DA SILVA:**

In casu, verifica-se que o réu - **Luiz Antônio da Silva** - exerceu mandato de Prefeito do Município de Alfenas no período de 2009 a 2012. Nesta seara, da peça defensiva apresentada pelo requerido, sustenta-se que a contratação dos artistas Gino e Geno e Paula Fernandes, o que se deu por meio do processo licitatório nº 246/2011, Inexigibilidade 006/2011, foi legal tendo em vista a notoriedade dos artistas no âmbito nacional, inexistindo, portanto, ilegalidade ou improbidade na inexigibilidade de licitação efetuada para as contratações, à vista de que não haveria necessidade de submeter a contratação ao crivo de um procedimento licitatório.

Quanto a tais argumentos razão não acompanha o requerido. Senão, vejamos:

Pois bem. Inicialmente, insta esclarecer que a notoriedade dos artistas Gino e Geno e Paula Fernandes, questão atinente à consagração do profissional de qualquer setor artístico pela crítica especializada ou pela opinião pública, um dos requisitos exigidos pelo artigo 25, inciso III, da Lei 8.429/92, para possibilitar a contratação por inexigibilidade de licitação, não constou como fundamento de causa de pedir na presente ação por ato de improbidade administrativa.

Desse modo, tem-se que a ilegalidade em questão, aduzida pelo *parquet* na inicial, se refere tão somente à violação de outro requisito do inciso III do artigo 25 da Lei de Improbidade Administrativa, qual seja, inobservância dolosa e consciente da exigência legal de contratação por inexigibilidade de forma direta com o profissional ou por meio de seu empresário exclusivo.

Dessa forma, o fato de serem os cantores Gino e Geno e Paula Fernandes profissionais consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública não modifica, impede ou extingue o direito do autor, de tal modo que o requerido Luiz Antônio da Silva não se desincumbe nesse ponto argumentativo do ônus lhe atribuído pelo artigo 373, inciso II, do CPC.

Neste cenário, na contestação do mesmo, discorrendo sobre questão do empresário exclusivo, o requerido se defende alegando que não haveria culpa por qualquer integrante da Administração Municipal, em virtude das apresentações, nos autos do processo licitatório nº 246/2011, Inexigibilidade 006/2011, das Declarações/Atestados de Exclusividade conferidas pelos empresários dos artistas Gino e Geno e Paula Fernandes à empresa Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo Ltda, outra requerida nestes autos, para possibilitar a celebração de contrato com os artistas citados para apresentação nas datas de 26/05/2011 e 29/05/2011, no evento Exporodeio, em Alfenas.

Portanto, tal assertiva não merece prosperar, pois, conforme se verifica dos autos, a partir da existência de parecer jurídico exarado nos autos do processo licitatório, alertando sobre a existência de irregularidade na contratação de artista por inexigibilidade de licitação através de empresa intermediária, havia-se ciência da ilegalidade em questão, conforme se verifica ao ID 33630135.

E, ainda que não seja escusável alegar o desconhecimento da lei - já que o inciso III, do artigo 25, da lei 8.429/92, expressamente exige que a contratação por inexigibilidade se dê diretamente com o artista ou através de seu empresário exclusivo, há ainda o notável parecer jurídico identificando a ilegalidade na contratação dos artistas Gino e Geno e Paula Fernandes por inexigibilidade de licitação através de empresário intermediário, no caso, pela requerida Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo Ltda, do que não se pode alegar ausência de consciência da ilegalidade, senão vontade consciente e arbitrária de contratação ilegal por descumprimento de requisito legal.

Ato contínuo, alega o requerido Luiz Antônio da Silva que, conforme decisão do STJ, TCE/RJ e TJSP, a figura do empresário exclusivo não é estritamente necessária para a legalidade da celebração de contrato administrativo por inexigibilidade de licitação, podendo haver estabelecimento de limitações circunstanciais, temporais ou espaciais.

Ora, os julgados colacionados pelo requerido Luiz Antônio da Silva se tratam de julgamentos isolados e que não refletem a atualidade, portanto, em desacordo com o entendimento predominante e hodierno, que entende irregular por não preenchimento do requisito de contratação através do empresário exclusivo presente no inciso III do artigo 25 da Lei 8.429/92, se não houver entre o artista e seu representante relação contratual duradoura, vejamos:

STJ:

**"(...) Configura ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92, irregularidade no procedimento referente à inexigibilidade da licitação, vez que a exclusividade elucidada no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/93 pressupõe uma relação contratual duradoura, e não, algo pontual, destinado à apresentação em um único evento, como aconteceu no caso dos autos.**

(...)REsp 1540028. Relator: Ministro Gurgel de Faria, data de Publicação: 16/05/2018."

"No caso em tela, embora se tratem de artistas consagrados pela opinião pública (Munhoz & Mariano, Maria Cecília e Rodolfo, Grupo Tradição e Banda Fruto Proibido), aparentemente ocorreu irregularidade no procedimento de contratação, porquanto para a inexigibilidade do procedimento de licitação, os contratos deveriam ter sido feitos pelo ente público diretamente com os artistas ou por meio de seus empresários exclusivos. As detentoras exclusivas da representação artística e empresarial dos artistas supracitados são, respectivamente, as empresas M&M Produção Artística Musical, MC & R Produções Artísticas Ltda., Wagner Braga Hildebrand ME e Frut Pro Serviços de Som Ltda., e não a requerida GDO Produções Ltda, a qual, de acordo com as 'cartas de exclusividade' de fls. 102/105, apenas detinha exclusividade para apresentação dos referidos grupos no Estado de Santa Catarina e nos dias do evento (EXPOCIF). (...). A empresa requerida, desse modo, agiu como intermediária, e não como artistas, com exclusividade, mas tão somente agenciou alguns eventos em datas pré-estabelecidas. (...). AgInt no AREsp 1155418. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Data da Publicação. 20/02/2018."

Neste sentido, a contratação de profissional artístico por inexigibilidade de licitação que não ocorra diretamente com ele ou com seu empresário exclusivo não comprova a inviabilidade de licitação, configurando ato de improbidade administrativa a contratação por inexigibilidade com empresa intermediária, conforme se observa do julgado abaixo:

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA A REALIZAÇÃO DE SHOW POR **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**. REQUISITOS DO ART. 25 DA LEI 8.666/93. CONTRATO FIRMADO COM UMA EMPRESA INTERMEDIADORA QUE NÃO SE CONFIGURA COMO EMPRESÁRIA EXCLUSIVA. REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO ANTERIORMENTE REALIZADA. ELEMENTO SUBJETIVO DEMONSTRADO. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. - **A contratação mediante inexigibilidade de licitação de artistas apenas é possível se o contrato é realizado diretamente ou por empresário exclusivo, pois, caso contrário não há que falar em inviabilidade de competição.** - Configura ato de improbidade administrativa a contratação de banda, por **inexigibilidade** de licitação, quando o contrato é firmado com empresa intermediadora, mormente considerando a revogação de licitação anteriormente realizada e com objeto semelhante. Processo Apelação Cível. 1.047.11.007883- 2/002 0078832-72.2011.8.13.0471 (1) Relator Des. Alberto Vilas Boas. **Data de Julgamento: 10/10/2017 Data de publicação da Súmula:**

**18/10/2017.**” (GRIFEI).

Portanto, ao que se vê, não é a sociedade Projectum Comunicação e Studio de Áudio e Vídeo LTDA, quem gerencia ou cuida dos interesses dos profissionais do setor artístico contratados, agindo na dignidade de mera intermediária, promovendo eventos, conclusão que se reforça à vista de seus objetivos sociais, dentro os quais não se inclui o de representação de artistas.

E, como visto, o obrigatório parecer jurídico juntado aos autos do processo licitatório nº 246/2011, Inexigibilidade de Licitação nº 006/2011, por força do artigo 38, inciso VI, da Lei 8.666/931, eloquentemente alertou sobre a necessidade de realizar a contratação de artista de forma diretamente com ele ou então através de seu empresário exclusivo, atendendo ao entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Assim, consignou o parecerista: *“Esclarecemos que, com este posicionamento estamos adequando nosso entendimento à orientação do egrégio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (...)*”. Não obstante, houve a homologação do certame pelo requerido Daniel de Carvalho e a efetuação da contratação pelo requerido Luiz Antônio da Silva, sem qualquer justificativa ou explanação sobre a não adoção da recomendação dada no parecer jurídico, a se verificar então conduta ilegal e arbitrária na homologação e contratação dos artistas em comento por meio de empresário intermediário.

Dessa forma, houve a prática da contratação por inexigibilidade de licitação com empresário intermediário, e não com o exclusivo, conforme exige o inciso III, do artigo 25, da Lei 8.666/93. Observa-se, assim, que a requerida Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo, fora contratada ilegalmente, na medida em que apenas recebeu dos representantes dos cantores Gino e Geno e Paula Fernandes, respectivamente, a empresa WM Show's LTDA, representada por Mauro Borges Júnior, e a Talismã, representada por Walter Viudes Júnior, a autorização para representar os artistas de modo eventual e episódico para possibilitar, unicamente, a realização dos shows nas datas determinadas e certas.

Alega, ainda, o requerido Luiz Antônio da Silva, acerca da inexistência de prejuízo ao erário, inoportunidade de proveito econômico obtido, ausência de culpa grave ou dolo e não configuração de elemento subjetivo necessário para incorrer na prática de ato de improbidade administrativa e, ainda, que não fora suscitado pela promotoria de justiça a ocorrência de superfaturamento na contratação da requerida nem que tenha obtido proveito econômico em virtude da celebração do contrato, não havendo, portanto, que se falar em improbidade administrativa.

Quanto a tais alegações, tem-se que o requerido não possui qualquer razão. Senão, vejamos:

Pois bem. Inicialmente, a título de esclarecimento, tem-se, *in casu*, ser irrelevante que esteja configurado o proveito econômico por parte do requerido Luiz Antônio da Silva, posto que não lhe é imputado ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, mas, sim, ato de improbidade administrativa que causou prejuízo ao erário, na forma do artigo 10, VIII, e por ter atentado contra os princípios que regem a Administração Pública, conforme artigo 11, caput e inciso I, da mesma norma jurídica.

Já quanto à ocorrência do prejuízo ao erário, há de se reiterar que ao efetuar contratação por inexigibilidade de licitação com empresa interposta para a contratação de artistas, houve descumprimento do requisito legal previsto no

artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/93, que exige que a contratação se dê diretamente com o artista ou através de seu empresário exclusivo, o que não foi observado pelos requeridos, ainda que orientados por parecer jurídico acerca da irregularidade, como aqui comprovado. Dessa forma, inobservada dolosamente requisito legal para se efetuar a contratação por inexigibilidade, resta frustrada a licitude da licitação, o que, segundo o artigo 10, inciso VIII, configura ato de improbidade administrativa por causar lesão ao erário público.

De outro lado, o dano causado em virtude de restar frustrada a licitude do procedimento licitatório é presumido, já que se inviabilizou de conseguir a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, segundo entendimento consolidado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no qual afirma que "*para a caracterização de improbidade administrativa, por frustração da licitude do processo de licitação, tipificada no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, o dano apresenta-se presumido, ou seja, trata-se de dano in re ipsa.* (...)"

Neste sentido, o dano presumido é suficiente para a condenação por ato de improbidade nos termos do artigo 10, VIII, da Lei 8.666/93, não havendo guarida a tese defensiva de que não houve comprovação do prejuízo ao erário, porquanto, uma vez comprovada a ilegalidade na contratação da requerida Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo LTDA, por meio de inexigibilidade, vez que ausentes os requisitos legais, considerando-se, ainda, que o dano é presumido, já que se restou frustrada a licitude do processo licitatório, o que, por si só, configura ato de improbidade administrativa.

Por outro lado, o requerido Luiz Antônio da Silva afirma que não houve dolo, culpa grave ou má-fé, tendo, ainda, o evento sido efetivamente realizado.

Pois bem. Como se observa dos autos, o requerido tinha completa ciência da irregularidade na contratação de artistas por meio de empresa interposta, conforme parecer jurídico que recomendava que a inexigibilidade de licitação dos cantores Gino e Geno e Paula Fernandes ocorresse diretamente com eles ou através do empresário exclusivo dos mesmos. No entanto, desprezou completamente tal recomendação e celebrou contrato administrativo com a requerida Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo LTDA, que não é empresário exclusivo dos profissionais artísticos referidos, violando a regra imposta no artigo 25, III, da Lei 8.666/93.

Desse modo, a meu ver, resta comprovado o dolo, consubstanciado na vontade consciente do requerido Luiz Antônio da Silva efetuar contratação por inexigibilidade sem atendimento de requisito legal exigido à espécie.

Dessa forma, houve má-fé comprovada a partir da contratação ilegal por inexigibilidade de licitação, pois existia um parecer jurídico fundamentado esclarecendo a situação ilegal do processo de inexigibilidade que culminou a celebração do contrato com empresa intermediária para contratação dos artistas, hipóteses não permitida pela Lei 8.666/93, daí a presença inegável da má-fé, da desonestidade, da má intenção, o certame em questão ao celebrar contrato administrativo por inexigibilidade de licitação em desacordo com a orientação jurídica, literal e fundamentada do parecerista acerca da flagrante ilegalidade de contratação direta com empresa interposta.

Ademais, por ter celebrado conscientemente contratação direta quando não podia fazer, praticou ato visando fim proibido em lei, ou seja, com desvio de

finalidade. Por tudo isso, que restou devidamente comprovado nos autos, verifica-se também configurado o tipo previsto no artigo 11, caput, e inciso I, da Lei 8.429/92.

Por fim, mas não menos importante, o requerido ainda sustenta que o pedido de ressarcimento ao erário implicaria locupletamento ilícito pela Administração Municipal, já que o serviço fora efetivamente prestado e não se noticiou a prática de superfaturamento.

Todavia, como já demonstrado, o dano ao erário advindo de ato de improbidade administrativa que frustra a licitude do processo licitatório é presumido, justamente porque impede a Administração Pública de obter a proposta mais vantajosa, conforme tem entendido do TJMG, porquanto trata-se de dano *in re ipsa*, como se extrai dos recentes julgados:

*"EMENTA: APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE IMPLANTAÇÃO DE REDE COLETORA DE ÁGUA PLUVIAL. DANO AO ERÁRIO PRESUMIDO. DANO "IN RE IPSA". PRECEDENTES DO STJ. NECESSIDADE DA COMPROVAÇÃO, PELO AUTOR, DO DOLO OU DE CULPA. COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO: DOLO GENÉRICO. CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE. RESSARCIMENTO. SENTENÇA REFORMADA. - Os atos de improbidade previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 exigem a presença do elemento subjetivo, qual seja, o dolo ou culpa do agente, a depender da hipótese do enquadramento, não se revelando suficiente a mera comprovação de dano ao erário. - A dispensa de licitação fora das hipóteses legais previstas no artigo 24 da Lei 8.666/93 é tipificada no artigo 10, VIII, da LIA como ato de improbidade administrativa. - **O entendimento pacífico do STJ é no sentido de que "a indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano "in re ipsa", descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema"** (STJ, REsp 817.921/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/12/2012). - Na esteira da jurisprudência do colendo STJ, basta a presença de dolo genérico ou "lato sensu" para configurar improbidade administrativa, ou seja, a simples inobservância dos ditames constitucionais e/ou legais quando da gestão de recursos públicos. - Presentes tanto o prejuízo ao erário por ato do agente público, quanto o elemento subjetivo, deve-se reformar a r. sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais. Em se tratando de agente público que exerce mandato, o prazo prescricional de 5 anos se inicia com o término do exercício do mandato, e, nos casos de reeleição, o prazo somente tem início após o término do segundo mandato. - Por sua vez, o prazo prescricional para as ações de improbidade administrativa é, em regra, de cinco anos, ressalvando-se a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. Precedentes do STJ. - As demais sanções estão prescritas. - Sentença reformada, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário." (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.11.023869-1/001 - COMARCA DE UBERABA - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(A) (S): JORGE MANOEL DA SILVA, ALZIRA DA MATTA ALMEIDA OLIVEIRA ME E OUTRO(A) (S) - 19/09/2018). (GRIFEI).*

*"EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INQUÉRITO CIVIL - VALOR PROBANTE RELATIVO - DESPESAS REALIZADAS SEM PROCESSO LICITATÓRIO E IRREGULARIDADES EM LICITAÇÃO - INOBSERVÂNCIA DA LEI Nº 8.666/93 - PREFEITO - ORDENADOR DE DESPESAS - MEMBROS DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - DANO AO ERÁRIO PRESUMIDO - CULPA - ATO ÍMPROBO CONFIGURADO - CONDENAÇÃO MANTIDA. O inquérito civil, procedimento administrativo*

instaurado pelo 'parquet' visando à apuração de fatos lesivos ao patrimônio público, é admitido para instruir a ação civil pública por atos de improbidade administrativa, 'ex vi' do disposto no art. 129, III, CF/88 e, muito embora possua valor probante relativo, não pode ser afastado por mera negativa da parte, devendo ser desconstituído por prova hierarquicamente superior. Incontroverso, porquanto não desconstituídas as provas produzidas pelo 'parquet', que foram realizadas despesas sem os devidos processos licitatórios, bem como despesas cujos processos de licitação não observaram os procedimentos legais, afigurando-se totalmente irregulares. A licitação constitui regra fundamental para a aquisição de bens e serviços, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal, que somente pode ser descumprida em situação excepcional, devidamente autorizada por lei. É patente a responsabilidade do Prefeito, enquanto gestor das contas públicas municipais e ordenador de despesas, pelas irregularidades encontradas no processo licitatório, assim como por aquelas advindas da sua não realização. Os membros da Comissão de Licitação são solidariamente responsáveis, nos termos do art. 51, § 3º da Lei Nº 8.666/93. **A inobservância às prescrições legais impediu que a Administração Pública elege-se a melhor proposta à luz do interesse público, causando inegável prejuízo ao erário, que o Tribunal Superior tem considerado presumido ('in re ipsa') nestes casos.** Para a configuração dos atos de improbidade que causam dano ao erário, tipificados no art. 10 da Lei Nº 8.429/92, exige-se somente a presença de culpa como elemento subjetivo. A conduta omissiva do Prefeito suplanta a mera má-administração, não lhe socorrendo a afirmativa de inaptidão acerca dos procedimentos licitatórios, tampouco a de desconhecimento da Lei Nº 8.666/93, porquanto ninguém pode escusar o cumprimento da lei, alegando o seu desconhecimento (art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Os membros da Comissão de Licitação são responsáveis pela lisura dos procedimentos licitatórios, incumbindo-lhes agir de forma proba, com a aplicação irrestrita da lei." (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0012.09.011513-5/001 - COMARCA DE AIURUOCA - 1º APELANTE: JOÃO LEONARDO DOMINGUES - 2º APELANTE: JOSÉ FRANCISCO ROMANO ALVES, PAULO CÉSAR NOGUEIRA DE CARVALHO E OUTRO(A)(S), DAVI TEODORO DA SILVA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - 10/07/2018). (GRIFEI).

O tribunal superior tem entendido também que o prejuízo nestes casos é presumido, tratando-se de dano in re ipsa, como se extrai:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE. FRAUDE À LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 5º DA LEI 8.429/92. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGADA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO. PERÍCIA. AUSÊNCIA DE CONSTATAÇÃO. DANO IN RE IPSA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. **No que tange à possibilidade de imposição de ressarcimento ao erário, nos casos em que o dano decorrer da contratação irregular proveniente de fraude a processo licitatório, como ocorreu na hipótese, a jurisprudência desta Corte de Justiça tem evoluído no sentido de considerar que o dano, em tais circunstâncias, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta.** Precedentes: REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012. AgRg nos EDcl no AREsp 419.769/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016. REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2/9/2014, DJe 9/9/2014. 2. O entendimento externado pelo Tribunal de origem alinha-se ao que vem sendo perfilhado nesta Corte de Justiça sobre o tema. (...)." (REsp 728.341/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe

20/03/2017). (GRIFEI).

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO IN RE IPSA À ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. **Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano in re ipsa), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta, não tendo o acórdão de origem se afastado de tal entendimento.** 3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório, esbarrando na dicção da Súmula 7 do STJ, salvo quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas. 4. Hipótese em que, muito embora o Tribunal de origem tenha excluído as demais sanções impostas no primeiro grau de jurisdição, fixou a multa civil prevista no art. 12, II, da LIA em 5 remunerações mensais atualizadas, louvando-se nas peculiaridades da questão, notadamente no dano presumido causado à administração pública, incorrendo qualquer laivo de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1499706/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 14/03/2017). (GRIFEI).

Portanto, em virtude da presunção do dano advindo da prática de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92, não prospera a alegação contestativa de impossibilidade de ressarcimento ao erário ou de locupletamento ilícito da Administração Pública.

### **3.3 - DAS ALEGAÇÕES DO REQUERIDO DANIEL DE CARVALHO:**

In casu, tem-se que o requerido Daniel de Carvalho exerceu o cargo de Secretário Municipal de Administração do Município de Alfenas na época dos fatos. Alega, portanto, o requerido, ausência de Prejuízo ao Erário - que é inviável a condenação de gestor público, que no caso se trata do requerido Luiz Antônio da Silva, pela prática de ato de improbidade administrativa atinente ao artigo 10 da Lei 8.429/92 sem que haja efetivo prejuízo ao erário. Aduz que não foi comprovada a existência de superfaturamento, desvio de recursos ou prejuízos ao patrimônio público, e os serviços contratados formalmente entre as partes foram devidamente prestados. Assim, sustenta que autor não se desincumbiu de provar o fato constitutivo, alinhando-se comodamente à recente corrente jurisprudencial do STJ que tem admitido a figura do dano *in re ipsa* nas ações de improbidade administrativa do artigo 10 da Lei 8.429/92, ao que entende inexistir legalmente, sendo um facilitador para a configuração do ato de improbidade administrativa do artigo 10, inciso VIII, da LIA.

Disserta sobre a aplicação cronológica do dano *in re ipsa*, sendo reconhecido em ação de improbidade administrativa em manifestação no AgRG nos Edcl no AREsp 419.769/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 18/10/2016,

DJe 25/10/2016, no Superior Tribunal de Justiça, com base em precedentes que não referente à ação de improbidade administrativa com caráter punitivo, mas oriundos de ação civil pública, no qual não foi reconhecido o ato de improbidade administrativa, senão nulidade do ato administrativo impugnado e sobre a obrigação de ressarcimento (que independe da tipificação do ato de improbidade), e de ações populares, em que atos presumidamente lesivos ao patrimônio público se têm apenas para inverter o ônus de prova sobre a legitimidade das condutas, jamais para possibilitar a condenação ao ressarcimento sem efetivo dano ao erário.

Ainda, afirma que o julgado citado no STJ que iniciou a adoção do dano presumido para configurar ato de improbidade do artigo 10 da LIA contraria entendimento firmado pela 1ª Seção do STJ de que mesmo na ação popular há de se comprovar a lesão efetiva ao erário.

Por fim, citando julgados antigos e superados do STJ sobre a existência de prejuízo efetivo ao erário, para configurar o tipo previsto no artigo 10 da LIA, ao fundamento de que o dano ao erário, como elemento objetivo do tipo, decorre de desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens e haveres, não podendo as condutas descritas nos incisos do artigo 10 da Lei 8.429/92 serem interpretadas como tipos autônomos de infração.

Quanto a tais alegações, razão nenhuma acompanha o requerido em seus argumentos. Senão, vejamos:

Pois bem. Como dito linhas anteriores, depreende-se que o STJ reconheceu e consolidou o entendimento de que não há necessidade de se comprovar o dano efetivo ao erário para configurar o ato de improbidade previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92, visto que trata-se de dano presumido, ocorrendo dano in re ipsa, porquanto resta inviabilizada a escolha da proposta mais vantajosa para o ente público, provocando conseqüentemente a presunção do dano ao erário.

Também não prospera de forma alguma a alegação defensiva de que os incisos do artigo 10 da Lei 8.429/92 não podem ser interpretados como tipos autônomos de infração, senão como tipos conectados com o *caput* da norma, a exigir então a presença efetiva do dano ao erário, uma vez que exatamente ao contrário dessa afirmação são os incisos dos tipos referentes aos artigos 9º, 10 e 1, da Lei 8.429/92, classificados como condutas autônomas e específicas, enquanto o *caput* se trata da previsão genérica do ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, a doutrina: *"A técnica legislativa aqui adotada é idêntica à do artigo anterior, que trata dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. Assim, no caput do art. 10, conceitua-se a improbidade lesiva ao Erário e seus incisos trazem o elenco das espécies mais frequentes, em face do advérbio notadamente, como já assinalado, é meramente exemplificativo (e não taxativo)."*

Desse modo, as alegações do requerido quanto à necessidade de comprovação de superfaturamento, desvio de finalidade, prejuízo efetivo ao erário, não encontra fundamento legal, tampouco jurisprudencial.

De outro lado, a alegação do mesmo quanto à inexistência de dolo não procede, visto que comprovado que o requerido também tinha ciência da irregularidade na contratação dos artistas por meio de empresa intermediária, à vista do parecer jurídico que recomendava a contratação por inexigibilidade de licitação ocorresse diretamente com eles ou através do empresário exclusivo.

No entanto, desprezou tal recomendação apresentada, conforme ID 33630135 e ratificou indevidamente a contratação da requerida Projectum Comunicação por inexigibilidade, sendo que esta não era empresário exclusivo dos profissionais artísticos, conforme documento de ID 3363013, e homologou ilegalmente o processo licitatório nº 246/2011, inexigibilidade 006/2011, conforme ID 33630145, descumprindo a exigência prevista no artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/93, restando cabalmente demonstrado, in casu, o dolo consubstanciado na vontade livre e consciente do requerido em ratificar a contratação por inexigibilidade e homologar o processo licitatório, sem atendimento de requisito legal exigido à espécie.

Além disso, a má-fé também restou devidamente comprovada, vez que existia parecer jurídico devidamente fundamentado esclarecendo a situação irregular do processo de inexigibilidade para contratação de artistas profissionais por intermédio de empresa intermediária.

Assim, do mesmo modo do requerido Luiz Antônio da Silva, o requerido Daniel de Carvalho agiu com inegável má-fé, desonestidade e má intenção, ao ratificar a contratação da empresa requerida Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo LTDA, e ao homologar o processo licitatório nº 246/2011, inexigibilidade 006/2011 em desacordo com a norma jurídica.

Nesta seara, incorre o requerido Daniel de Carvalho também na prática do ato de improbidade administrativa, como Secretário Municipal de Educação, considerando que há a ratificação e a homologação do processo licitatório 246/2011, Inexigibilidade 003/2011 pelo mesmo, como se comprovam dos documentos de ID 33630137 e 33630145, possuindo, portanto, responsabilidade passiva.

Assim, as razões apresentadas pelo contestante Daniel de Carvalho não implica o afastamento da exigência legal de que a contratação por inexigibilidade de licitação de profissionais do setor artístico deva correr apenas diretamente com o próprio artista ou através de seu empresário exclusivo, na forma exigida pelo inciso III do artigo 25 da Lei 8.666/93.

E como no presente caso *sub judici* não se trata de contratação por inexigibilidade diretamente feita com o profissional artístico, a única permissão legal remanescente seria a com o empresário exclusivo, o que não ocorreu no caso em questão, à vista de que a empresa contratada Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo Ltda apenas recebeu autorização para explorar datas certas e eventuais dos artistas Gino e Geno e Paula Fernandes, no caso 26/05/2011 e 29/05/2011, respectivamente, o que se afigura como empresário intermediário, e não exclusivo, como exige o inciso III do artigo 25 da Lei 8.666/93.

A interpretação do que venha a ser o empresário exclusivo, como consta da inicial, tem como característica a durabilidade da relação contratual entre o artista e o seu representante, o que é maciçamente reconhecido pelos Tribunais de Contas e Judiciais pátrios.

No Tribunal de Contas da União - TCU:

"9.5.1. quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1992, por meio de intermediários ou representantes:

9.5.1.1. deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos

artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento;

9.5.1.2. o contrato deve ser publicado no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos." (Proc. n.º 003.233/2007-3, Plenário/TCU, rel. Min. Benjamin Zymler, Acórdão n.º 96/2008, Data da sessão 30/1/2008).

No Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - TCE/MG:

"RECURSO ORDINÁRIO. DECISÃO EM PROCESSO DE REPRESENTAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS DO SETOR ARTÍSTICO. EMPRESÁRIO EXCLUSIVO. EXCLUSIVIDADE DA CONTRATADA NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE DANO E DE MÁ-FÉ. CARÁTER OBJETIVO DA PENALIDADE. VALOR DA MULTA. RAZOABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Para fins de inexigibilidade de licitação, ¿empresário exclusivo¿ é aquele que promove a intermediação da contratação do artista de forma permanente, isto é, em todo e qualquer evento, e não apenas para determinadas datas ou localidades. 2. O agente responsável por autorizar os procedimentos de inexigibilidade de licitação e celebrar os contratos correspondentes responde pelos vícios apurados no curso da ação de controle, pois sobre ele recai o ônus de examinar o cabimento e a regularidade dos atos e procedimentos administrativos inerentes à contratação pública. 3. A alegação de inexistência de má-fé e de ausência de dano ao erário não tem o condão de elidir a responsabilidade do gestor e, conseqüentemente, a multa que lhe tiver sido cominada. 4. O valor da multa fixada pelo Tribunal deve ser, entre outras circunstâncias, proporcional à gravidade da infração às normas legais. (Processo n.º 997699. Relator Conselheiro Gilberto Diniz. Data da Sessão: 07/03/2018. Data da Publicação: 28/03/2018).

De outro lado, conclui-se também que não servem de provas as publicações de contratos por inexigibilidade dos cantores Gino e Geno e Paula Fernandes referentes aos ID 48938425, 48938439; 48938477; 48938482; 48938522; 48938539; 48938545, para o fim de comprovar que se contratou por valor abaixo do mercado, uma vez que não se comprova que ocorreram através dos empresários exclusivos e, assim sendo, tem-se incluído no preço contratado o valor de lucro da empresa pela intermediação, o qual não existiria se houvesse a celebração com o empresário exclusivo, antecipadamente já remunerado pelo artista. Daí a exigência legal de que a contratação de artista por inexigibilidade se dê diretamente com ele, ou, então, com o seu empresário exclusivo, jamais com o intermediário, como ocorre no presente caso.

Por todo exposto, a responsabilidade passiva do requerido Daniel de Carvalho salta aos olhos à vista de que foi quem ratificou a contratação por inexigibilidade, bem como o responsável pela homologação do processo licitatório n.º 246/2011, Inexigibilidade 006/2011, devendo também ser condenado pela prática dos atos de improbidades administrativa.

### **3.4 - DA AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO DA REQUERIDA PROJECTUM COMUNICAÇÃO STUDIO DE ÁUDIO E VÍDEO LTDA:**

Conforme certidão de ID 49528897, a requerida Projectum Comunicação Studio

de Áudio e Vídeo LTDA, não apresentou contestação, embora tenha sido devidamente citada quanto aos termos da ação, conforme verifica-se no AR com aviso de recebimento anexado ao ID 37325618 e 47502089.

Diante disso, a citação da pessoa jurídica por via postal é devidamente válida, quando realizada no endereço de seu estabelecimento, sendo desnecessária a assinatura de aviso de recebimento por seu representante legal, em atenção à teoria da aparência, sendo, portanto, a citação da empresa requerida totalmente válida.

#### **4 - DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS RÉUS:**

Quanto ao réu, Luiz Antônio da Silva, é patente a responsabilidade do Prefeito, enquanto gestor das contas públicas municipais e ordenador de despesas, pelas irregularidades encontradas no processo licitatório, assim como por aquelas advindas da sua não realização.

De fato, não pode o administrador público alegar desconhecimento das normas, notadamente porque o princípio da legalidade estrita impõe que o Poder Público faça somente o que está expressamente autorizado em lei.

Do mesmo modo, o réu Daniel de Carvalho também deverá responder, solidariamente, na condição de Secretário Municipal da Administração do Município, na medida em que ratificou e homologou o processo licitatório nº 246/2011, Inexigibilidade 006/2011.

E, por fim, a empresa requerida Projectum Comunicação e Studio de Áudio e Vídeo LTDA também será responsável solidária dos demais réus, na medida em que fora beneficiada pela ilegal contratação por parte do Município de Alfenas dos artistas Gino e Geno e Paula Fernandes, nos termos do artigo 3º da Lei 8.429, in verbis: *"aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta"*.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido da solidariedade da responsabilidade nas ações de improbidade: (...) 8. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é clara ao indicar que a responsabilidade nas ações de improbidade, entre os ímprobos é solidária. Aplicável a Súmula 83/STJ. Precedente: REsp 1.407.862/RO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/2014. (...) (REsp 1261057/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 15/05/2015).

De rigor, portanto, o reconhecimento da responsabilidade solidária de todos os réus no caso em tela.

#### **5 - DAS SANÇÕES:**

Nesta seara, é certo que a inobservância às prescrições legais impediu que a Administração Pública elegeisse a melhor proposta à luz do interesse público, causando inegável prejuízo ao erário.

Estabelece o art. 10 da Lei Nº 8.429/92:

*"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao*

erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente. (...)"

O Tribunal Superior tem entendido que o prejuízo nestes casos é presumido, tratando-se de dano in re ipsa, como se extrai dos recentes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE. FRAUDE À LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 5º DA LEI 8.429/92. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGADA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO. PERÍCIA. AUSÊNCIA DE CONSTATAÇÃO. DANO IN RE IPSA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. No que tange à possibilidade de imposição de ressarcimento ao erário, nos casos em que o dano decorrer da contratação irregular proveniente de fraude a processo licitatório, como ocorreu na hipótese, a jurisprudência desta Corte de Justiça tem evoluído no sentido de considerar que o dano, em tais circunstâncias, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta. Precedentes: REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012. AgRg nos EDcl no AREsp 419.769/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016. REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2/9/2014, DJe 9/9/2014. 2. O entendimento externado pelo Tribunal de origem alinha-se ao que vem sendo perfilhado nesta Corte de Justiça sobre o tema. (...)." (REsp 728.341/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/03/2017) (GRIFO NOSSO)

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO IN RE IPSA À ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano in re ipsa), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta, não tendo o acórdão de origem se afastado de tal entendimento. 3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório, esbarrando na dicção da Súmula 7 do STJ, salvo quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas. 4. Hipótese em que, muito embora o Tribunal de origem tenha excluído as demais sanções impostas no primeiro grau de jurisdição, fixou a multa civil prevista no art. 12, II, da LIA em 5 remunerações mensais atualizadas, louvando-se nas peculiaridades da questão, notadamente no dano presumido causado à administração pública, inocorrendo qualquer laivo de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1499706/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2017,

DJe 14/03/2017).

Para a configuração dos atos tipificados no mencionado artigo 10, exige-se, porém, somente a presença de culpa como elemento subjetivo, conforme entendimento do Tribunal Superior:

"(...) 8. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições 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. (...) (REsp 1659553/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017) (...) 3. A jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade, exigindo-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos arts. 9º e 11, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10, todos da Lei 8.429/1992. (...)" (AgInt no REsp 1589661/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/03/2017).

As penalidades para os atos tipificados no art. 10 encontram-se previstas no art. 12 da Lei Nº 8.429/92, que assim dispõe:

"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:

(...)

**II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano 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;**

(...)" (GRIFEI).

A teor do parágrafo único do mesmo dispositivo de lei, deve o julgador nortear-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Sobre essa temática, Arnaldo Rizzardo leciona acerca dos fatores que devem nortear o julgador na dosimetria da pena, *in verbis*:

"São fatores importantes que levam a medir a dosimetria da pena: a existência ou não de dano ao erário, ou a sua extensão e as dimensões; o proveito patrimonial de parte do agente; a intensidade do dolo, ou da vontade dirigida para a prática do ato; a repercussão social dos fatos; o cargo ocupado pelo agente; a relevância dos princípios da administração pública ofendidos. Na aplicação, insta que o juiz sopesse o ato de improbidade em relação ao patrimônio público, à vantagem ilícita resultante ao agente, e que veja as repercussões na coletividade, o grau de participação no ilícito, o tipo de personalidade do infrator, seu grau de cultura, o tempo de serviço público, o cargo ocupado, a reincidência ou não e outras circunstâncias, elementos estes que sempre serão levadas em consideração." (Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa. 3ª Edição. Editora

Forense. Pág. 628).

Na espécie ora versada, se mostra possível a condenação dos requeridos à pena de ressarcimento dos prejuízos causados ao patrimônio público, como consta nos tópicos acima transcritos, na importância total de R\$ 258.047,25 (duzentos e cinquenta e oito mil, quarenta e sete reais e vinte e cinco centavos), devidamente atualizada desde a data do fato até o efetivo pagamento, que devem ser devidamente ressarcidos aos cofres da Câmara Municipal de Alfenas - MG.

Assim, a evidente reprovabilidade do ato, a posição favorecida dos agentes e as conseqüentes repercussões ao Município e à coletividade sugerem a aplicação das penalidades de suspensão de direitos políticos e também da perda do cargo público.

A condenação ao pagamento de multa visa coibir a prática de atos semelhantes no futuro.

A proibição de contratar com a Administração Pública, a pena de vedação de receber benefícios fiscais e creditícios e condenação ao pagamento de multa apresentam um caráter pedagógico e visam coibir a prática de atos semelhantes no futuro.

Assim, *in casu*, deverão os requeridos **Luiz Antônio da Silva e Daniel de Carvalho** serem condenados às penas de ressarcimento integral ao dano no valor de R\$ 258.047,25 (duzentos e cinquenta e oito mil, quarenta e sete reais e vinte e cinco centavos) de forma solidária - despesa ilegal gerada no valor de R\$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais), devidamente atualizada no valor referido acima, conforme contrato feito pelo Município de Alfenas e a requerida Projectum Comunicação; d de perda de função pública; e suspensão de direitos políticos de 05 a 08 anos; de pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos, pela infração prevista no artigo 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92.

Já a requerida Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo LTDA, a condenação às penas de ressarcimento integral ao dano no valor de R\$ 258.047,25 (duzentos e cinquenta e oito mil, quarenta e sete reais e vinte e cinco centavos) de forma solidária - despesa ilegal gerada no valor de R\$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais), devidamente atualizada no valor referido acima, conforme contrato feito pelo Município de Alfenas e a requerida Projectum Comunicação; de pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos, pela infração prevista no artigo 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92.

Diante do exposto e, considerando tudo mais que dos autos consta, calcado nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, **JULGO PROCEDENTE OS PEDIDOS INICIAIS PARA:**

**A) Condenar os requeridos Luiz Antônio da Silva, Daniel de Carvalho e Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo LTDA ao ressarcimento integral do dano ao Município de Alfenas, solidariamente, no valor de R\$ 258.047,25 (duzentos e cinquenta e oito mil, quarenta e sete reais e vinte e cinco centavos),**

devidamente atualizados desde a data do fato até o efetivo pagamento.

**B)** Condenar os requeridos Luiz Antônio da Silva e Daniel de Carvalho, à perda da função pública e suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos.

**C)** Condenar os requeridos Luiz Antônio da Silva, Daniel de Carvalho e Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo LTDA, ao pagamento de multa civil de uma vez o valor do dano.

**D)** Condenar os requeridos Luiz Antônio da Silva, Daniel de Carvalho e Projectum Comunicação Studio de Áudio e Vídeo LTDA, à 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.

**E)** Condeno os requeridos ao pagamento das custas e despesas processuais.

**F)** Por se tratar de ação civil pública em que o Ministério Público é a parte autora e vencedora, não há que se falar condenação em honorários advocatícios.

**P. R. I. C.**

ALFENAS, 26 de setembro de 2018.

Assinado eletronicamente por: **PAULO CASSIO MOREIRA**

**26/09/2018 17:35:01**

<https://pje.tjmg.jus.br:443/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento:



1809261735002460000051376020

IMPRIMIR

GERAR PDF