

PROCESSO Nº: 0800652-78.2016.4.05.8202 - APELAÇÃO CÍVEL**APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL****LITISCONSORTE: UNIÃO FEDERAL****APELADO: RAFAEL SANTOS DINIZ e outro****ADVOGADO: Manolys Marcelino Passerat De Silans****RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Vladimir Souza Carvalho - 4ª Turma****JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): Juiz(a) Federal Beatriz Ferreira De Almeida****Relatório**

O desembargador Vladimir Souza Carvalho (relator): Recorre o Ministério Público Federal da r. sentença que julgou improcedente a presente ação civil pública por improbidade administrativa, por não vislumbrar na inexigibilidade de licitação, contratando o Município de São Bento, diretamente, a firma individual R. Produções - Rafael Santos Diniz - ME, para fornecer os serviços de apresentações artísticas das atrações musicais Garota Safada, Mauricinho do Forró, Domício de Balada do Forró, Cheio de Menino & Vicente Nery, Swing Moreno, Reginaldo Rossi, Collo de Menino, Forrozão Cipó Nela, Gaviões do Forró, Magnificus, Forrozão Baby mel e Tom Oliveira, para o evento Arraiá Balançando a Rede 2009, a prática de nenhum ato de improbidade administrativa.

Nas suas razões recursais, enfoca a *caracterização das condutas como ato de improbidade administrativa*, destacando que *a inexigibilidade prevista no art. 25 da Lei n. 8.666/93 somente se configura quando a concorrência é, realmente, inviável. Ou seja, quando não é possível realizá-la. No caso concreto ora enfrentado, estamos diante da contratação de "bandas de forró", categoria de grupo artístico tremendamente disseminada no meio local no contexto socioeconômico e territorial do município de São Bento/PB, com várias opções à disposição dos clientes em potencial. Não sendo razoável, perante tal constatação, asseverar a inviabilidade de concorrência, enfatizando o ímpeto doloso nas condutas dos réus, e, também, da induvidosa ocorrência de prejuízo ao erário*, pede o provimento do recurso, para julgar procedente a presente ação.

Nesta Corte ouviu-se a Procuradoria Regional da República a opinar *pelo provimento do apelo do Ministério Pùblico Federal, para que seja reformada a sentença vergastada, condenando os Réus pela prática de ato de improbidade.*

No que interessa, o relatório.

Voto

O desembargador Vladimir Souza Carvalho (relator): O fato é sumamente comum e repetitivo, traduzido na contratação, pelo Município de São Bento, via empresário, de diversas bandas, para a realização de evento local, financiado por recursos do Ministério do Turismo. Diversas demandas desse jaez freqüentam as turmas desta Corte, todos na mesma moldura.

O apelante vislumbra a contratação como ato de improbidade administrativa, caracterizando-o *ao não realizar o devido procedimento licitatório fora das hipóteses previstas em lei*, defendendo que, *para que seja considerada inexigível a licitação, a contratação do artista deve*

ocorrer de forma direta, ou por empresário exclusivo. Ao contrário, a contratação de artistas de forma diversa (por meio de intermediários) deve ser precedida de licitação, uma vez que, nesta hipótese, por razões óbvias, não há inviabilidade de competição.

Tudo encontra raízes e explicações no art. 25, da Lei 8.666, de 1993, ao considerar *inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial* [inc. 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.*

Ora, a norma abriu dois caminhos: *diretamente ou através de empresário exclusivo*. A conveniência da escolha é do administrador, tendo o demandado, então prefeito de São Bento, optado pelo empresário exclusivo. Para o apelante *está evidente que o procedimento selecionado dolosamente pela Administração Municipal de São Bento/PB ocasionou prejuízos ao erário ao se escolher a intermediação contratual por inexigibilidade em vez de contratação direta ou de outra modalidade que favorecesse a concorrência*. No entanto, o administrador, a quem cabia aquilatar a conveniência da melhor medida, optou pela inexigibilidade de licitação e, assim, o caminho foi o do empresário exclusivo.

Não há, na sua escolha, nenhum laivo de improbidade, que seria se demonstrado fosse que dos recursos pagos ao empresário exclusivo uma parte fosse parar na algibeira do alcaide municipal. Depois, não é de se exigir que as bandas gozem do *reconhecimento da crítica especializada ou [d]o notório conhecimento público*. Não se vai esperar que uma banda, de renome nacional, aceite tocar num evento em cidade do porte de São Bento. É preciso saber que se contrata banda sediada no entorno da cidade, bandas que o empresário mantém contato direto, que tocam forró, e animam a multidão que comparece aos eventos.

Necessário, antes de tudo, destacar assertiva de Café Filho (*Do sindicato ao Catete*, vol. I, p. 136, Rio de Janeiro, José Olympio, 1966):

As nossas leis são sábias e justas, em seu conjunto e na sua aparência. Mas foram feitas, na maioria, como se tivéssemos, de norte a sul, e de leste a oeste, um espaço físico homogêneo dotado das mesmas características, uma população igual, nas mesmas condições sociais e econômicas, com elevado grau de adiantamento cultural, cívico e material, o que absolutamente não é verdade.

Verdadeiros são o desacordo e a distância entre o idealismo do nosso direito público e as realidades da vida social do povo brasileiro, traduzindo-se o descompasso na diversidade entre as instituições teóricas e as instituições reais, e no pouco rendimento de nossas leis.

Não consigo vislumbrar a presença de dolo na conduta dos apelados, que, afinal, se portaram, como se portavam, à época, autoridades municipais de diversas cidades nordestinas, sobretudo das mais singelas.

A r. sentença atacada não viu na irregularidade - que sempre há - a *caracterização de ato de improbidade*. E, então, expõe seus fundamentos:

No caso em epígrafe, além e não ter restado demonstrado o elemento subjetivo específico, não há qualquer mensuração de eventual dano patrimonial à Administração Pública, o que poderia ter sido facilmente demonstrado se acostado aos autos orçamentos apresentados pela mesma empresa em outros eventos por ela realizados, no exato período em que se dera a contratação.

Na verdade, não há como pressupor a existência de dano ou desvios de recursos pois a realização de shows musicais demanda toda uma infraestrutura camarins, produção, apresentação, deslocamento, hospedagem e alimentação dos músicos, impostos/encargos. Logo, o valor recebido pelas bandas musicais é líquido, porém o custo final do show inclui o valor pago ao músico e os custos decorrentes da infraestrutura.

Entendo, ainda, que a composição de preços de bandas ou demais artistas não depende apenas da existência ou não de mediadores comerciais, afinal existem externalidades positivas e negativas que influenciam na maior ou menor faixa de preços estabelecida, com a relação do intermediário com o empresário /produtor ou com a própria banda, a época da contratação, a época e o local da apresentação, o custo do transporte da banda, o local da contratação, a duração da apresentação, dentre outros.

Não enxergo na prática que, à época, se tornou comum, a presença de improbidade administrativa, se nenhum ranço de desonestidade, em todos os atos, se verificou. Depois, irregularidade não é, nem nunca foi, improbidade.

Por este entender, nego provimento ao apelo, para manter a r. sentença atacada.

É como voto.

Ementa

Processual Civil. Recorre o Ministério Público Federal da r. sentença que julgou improcedente a presente ação civil pública por improbidade administrativa, por não vislumbrar na inexigibilidade de licitação, contratando o Município de São Bento, diretamente, a firma individual R. Produções - Rafael Santos Diniz - ME, para fornecer os serviços de apresentações artísticas das atrações musicais Garota Safada, Mauricinho do Forró, Domício de Balada do Forró, Cheio de Menino & Vicente Nery, Swing Moreno, Reginaldo Rossi, Collo de Menino, Forrozão Cipó Nela, Gaviões do Forró, Magnificus, Forrozão Baby mel e Tom Oliveira, para o evento Arraiá Balançando a Rede 2009, a prática de nenhum ato de improbidade administrativa.

Nas suas razões recursais, enfoca a *caracterização das condutas como ato de improbidade administrativa*, destacando que a *inexigibilidade prevista no art. 25 da Lei n. 8.666/93 somente se configura quando a concorrência é, realmente, inviável. Ou seja, quando não é possível realizá-la. No caso concreto ora enfrentado, estamos diante da contratação de "bandas de forró", categoria de grupo artístico tremendamente disseminada no meio local no contexto socioeconômico e territorial do município de São Bento/PB, com várias opções à disposição dos clientes em potencial. Não sendo razoável, perante tal constatação, asseverar a inviabilidade de concorrência, enfatizando o ímpeto doloso nas condutas dos réus, e, também, da induvidosa ocorrência de prejuízo ao erário*, pede o provimento do recurso, para julgar procedente a presente ação.

O fato é sumamente comum e repetitivo, traduzido na contratação, pelo Município de São Bento, via empresário, de diversas bandas, para a realização de evento local, financiado por recursos do Ministério do Turismo. Diversas demandas desse jaez freqüentam as turmas desta Corte, todos na mesma moldura.

O apelante vislumbra a contratação como ato de improbidade administrativa, caracterizando-o ao *não realizar o devido procedimento licitatório fora das hipóteses previstas em lei*, defendendo que, *para que seja considerada inexigível a licitação, a contratação do artista deve ocorrer de forma direta, ou por empresário exclusivo. Ao contrário, a contratação de artistas de forma diversa (por meio de intermediários) deve ser precedida de licitação, uma vez que, nesta hipótese, por razões óbvias, não há inviabilidade de competição*.

Tudo encontra raízes e explicações no art. 25, da Lei 8.666, de 1993, ao considerar *inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial [inc. 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.

Ora, a norma abriu dois caminhos: *diretamente ou através de empresário exclusivo*. A conveniência da escolha é do administrador, tendo o demandado, então prefeito de São Bento, optado pelo empresário exclusivo. Para o apelante *está evidente que o procedimento selecionado dolosamente pela Administração Municipal de São Bento/PB ocasionou prejuízos ao erário ao se escolher a intermediação contratual por inexigibilidade em vez de contratação direta ou de outra modalidade que favorecesse a concorrência*. No entanto, o administrador, a quem cabia aquilatar a conveniência da melhor medida, optou pela inexigibilidade de licitação e, assim, o caminho foi o do empresário exclusivo.

Não há, na sua escolha, nenhum laivo de improbidade, que seria se demonstrado fosse que dos recursos pagos ao empresário exclusivo uma parte fosse parar na algibeira do alcaide municipal. Depois, não é de se exigir que as bandas gozem do *reconhecimento da crítica especializada ou [d]o notório conhecimento público*. Não se vai esperar que uma banda, de renome nacional, aceite tocar num evento em cidade do porte de São Bento. É preciso saber que se contrata banda sediada no entorno da cidade, bandas que o empresário mantém contato direto, que tocam forró, e animam a multidão que comparece aos eventos.

Necessário, antes de tudo, destacar assertiva de Café Filho (*Do sindicato ao Catete*, vol. I, p. 136, Rio de Janeiro, José Olympio, 1966):

As nossas leis são sábias e justas, em seu conjunto e na sua aparência. Mas foram feitas, na maioria, como se tivéssemos, de norte a sul, e de leste a oeste, um espaço físico homogêneo dotado das mesmas características, uma população igual, nas mesmas condições sociais e econômicas, com elevado grau de adiantamento cultural, cívico e material, o que absolutamente não é verdade.

Verdadeiros são o desacordo e a distância entre o idealismo do nosso direito público e as realidades da vida social do povo brasileiro, traduzindo-se o descompasso na diversidade entre as instituições teóricas e as instituições reais, e no pouco rendimento de nossas leis.

Não se vislumbra a presença de dolo na conduta dos apelados, que, afinal, se portaram, como se portavam, à época, autoridades municipais de diversas cidades nordestinas, sobretudo das mais singelas.

A r. sentença atacada não viu na irregularidade - que sempre há - a *caracterização de ato de improbidade*. E, então, expõe seus fundamentos:

No caso em epígrafe, além e não ter restado demonstrado o elemento subjetivo específico, não há qualquer mensuração de eventual dano patrimonial à Administração Pública, o que poderia ter sido facilmente demonstrado se acostado aos autos orçamentos apresentados pela mesma empresa em outros eventos por ela realizados, no exato período em que se dera a contratação.

Na verdade, não há como pressupor a existência de dano ou desvios de recursos pois a realização de shows musicais demanda toda uma infraestrutura camarins, produção, apresentação, deslocamento, hospedagem e alimentação dos músicos, impostos/encargos. Logo, o valor recebido pelas bandas musicais é líquido, porém o custo final do show inclui o valor pago ao músico e os custos decorrentes da infraestrutura.

Entendo, ainda, que a composição de preços de bandas ou demais artistas não depende apenas da existência ou não de mediadores comerciais, afinal existem externalidades positivas e negativas que influenciam na maior ou menor faixa de preços estabelecida, com a relação do intermediário com o empresário /produtor ou com a própria banda, a época da contratação, a época e o local da apresentação, o custo do transporte da banda, o local da contratação, a duração da apresentação, dentre outros.

Não se enxerga na prática que, à época, se tornou comum, a presença de improbidade administrativa, se nenhum ranço de desonestidade, em todos os atos, se verificou. Depois, irregularidade não é, nem nunca foi, improbidade.

Improvimento do apelo, para manter a r. sentença atacada.

Acórdão

Vistos, etc.

Decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5^a Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do relator.

Recife, (data do sistema)

Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Relator



Processo: **0800652-78.2016.4.05.8202**

Assinado eletronicamente por:

VLADIMIR SOUZA CARVALHO - Magistrado

Data e hora da assinatura: 03/09/2021 10:11:31

Identificador: 4050000.27753568



21090309250075800000027705417

Para conferência da autenticidade do documento:

<https://pje.trf5.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>