

Autos no. 2100933-78.2022.8.26.0000 e 2086059-88.2022.8.26.0000)

Origem - 1078082-34.2021.8.26.0053 – Ação Popular 5a. Vara da Fazenda Pública

Agravantes – Instituto Odeon e Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Agravado – Gildevanio Ilso dos Santos Diniz (Gil Diniz)

Parecer da Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos

E. Tribunal

Os agravantes recorreram da decisão liminar de fls. 103-106 tomada no bojo da ação popular, proposta pelo agravado em face do Estado de São Paulo e de José Agripino da Costa Dória Junior, invocando ofensa à moralidade pública.

Aduz sua condição de interessado, pois vencedor do processo de convocação pública acabou por celebrar com o Estado de São Paulo o **Contrato de Gestão no. 05/22¹**, cujo objeto, em resumo: **_ expansão, gestão e execução de atividades e serviços na área cultural no âmbito do Museu da Diversidade Sexual.**

Aliás, na própria decisão agravada foi determinada sua inclusão na condição de litisconsorte necessário e a suspensão do referido contrato de gestão, **como se vê na decisão copiada à fls. 103/106:**

Considerando todas as circunstâncias acima expostas, que colocam em dúvida a idoneidade do Instituto Odeon, bem como a incerteza quanto à existência de penalidades eventualmente aplicadas ao Instituto em razão do descumprimento

¹ Fls. 110/315

contratual e, principalmente, considerando a previsão de repasses mensais vultosos para gestão do Museu referido, cuja soma total alcançará cerca de R\$25.000.000,00, defiro a liminar, para o fim de suspender o Contrato de Gestão nº05/2022.

Prosseguem trazendo decisão prolatada nos autos do **AI 2086059-88.2022.8.26.0000 envolvendo o mesmo processo de origem e a mesma decisão agravada no qual foi indeferido o efeito suspensivo pugnado pelo Estado de São Paulo em recurso de agravo.**²

Defendem a cassação da liminar, pois não houve qualquer penalidade administrativa ou judicial que tirasse do Instituto Odeon idoneidade ou capacidade para a gestão do Museu da Diversidade Sexual.

O agravante Instituto Odeon relata como verdade que antes foi gestor da Fundação Theatro Municipal em Termo de Colaboração 1/FTMSP/2017 firmado com o Município de São Paulo e sobre ele demanda judicial no qual se debate responsabilidade por valores que foram apropriados indevidamente por empresa “Bilhetron.com” e que não foram repassados àquela fundação pública.³

Entretanto, ambos sustentam a legalidade do contrato de gestão, pois não houve qualquer penalidade administrativa ou civil que impedisse

² Fls. 107/109 - “A regularidade da contratação é questão que ainda não pode ser examinada, restringindo-se a análise, nessa fase, aos fundamentos da decisão agravada –que tem como cerne a dúvida quanto à idoneidade da organização social contratada e a incerteza a respeito da existência de penalidades eventualmente aplicadas a ela, em razão do descumprimento contratual na gestão que fez do Theatro Municipal de São Paulo. Em exame sumário da postulação, a adoção dessa cautela não exsurge impertinente, constando dos autos que as contas apresentadas pelo Instituto Odeon na gestão do Theatro Municipal de São Paulo não foram aprovadas. Sem se adentrar no tema principal do processo, cabe observar que o resultado perseguido através da contratação não prescinde de que se resguarde o interesse público na fiel execução do contrato. Sob outra ótica, não se afigura possível afirmar, de imediato, que a suspensão dos repasses venha a criar situação insanável, inexistindo margem para que se possa cogitar de perecimento do eventual direito no caso de se concluir apenas ao cabo do trâmite do agravo que este deva ser provido’.

³ Vide nota 4 abaixo

participar da convocação pública ou de assinar o termo de gestão do Museu da Diversidade Sexual, condição apurável em sítio eletrônico.⁴

O pedido de efeito suspensivo foi negado fls. 2165/68, reportando-se aos termos do quanto decidido no bojo do agravo AI 2086059-88.2022.8.26.0000 interposto pela Fazenda Pública que se encontra apensado.

A Fazenda Pública no agravo por último referido aduz as mesmas escusas sobre a contratação do Instituto Odeon, aduzindo que o mesmo inicialmente foi habilitado e isso ocorreu em 2016, mas no ano de 2021 procedeu-se uma convocação pública, no qual o Instituto saiu-se vencedor.

Aduz que a decisão determinando a suspensão do repasse traz grave prejuízo financeiros e riscos ao acervo do Museu da Diversidade Sexual, cuja gestão decorre de um de previa convocação pública que resultou na celebração entre o Estado de São Paulo _ **o Contrato de Gestão no. 05/22⁵**, tem por objeto, em resumo: _ **expansão, gestão e execução de atividades e serviços na área cultural no âmbito do Museu da Diversidade Sexual.**

A decisão prolatada no bojo da ação popular proposta pelo agravado determinando a suspensão do referido contrato de gestão, tem como motivação:

Considerando todas as circunstâncias acima expostas, que colocam em dúvida a idoneidade do Instituto Odeon, bem como a incerteza quanto à existência de penalidades eventualmente aplicadas ao Instituto em razão do descumprimento contratual e, principalmente, considerando a previsão de repasses mensais vultosos para gestão do Museu referido, cuja soma total

4

https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/gestao/coordenadoria_de_bens_e_servicos__cobe_s/empresas_punidas/index.php?p=9255

⁵ Fls. 110/315

alcançará cerca de R\$25.000.000,00, **defiro a liminar, para o fim de suspender o Contrato de Gestão nº05/2022.**

Defende a cassação da liminar, pois o contrato foi firmado depois de longo processo no qual o Instituto Odeon que já havia sido qualificado (2016) foi vitorioso após convocação pública que seguiu rigorosamente a Resolução da SC 047/2021.

Além desse aspecto procedimental, aduz que a suspensão do repasse põe em risco a continuidade dos serviços prestados pelo Museu, pois não tem como manter por si a conservação do acervo, os colaboradores contratados pelo Instituto gestor, especialmente no plano do acerto das verbas rescisórias.

Desafia a necessidade da suspensão, pois demonstrado que o Instituto Odeon não sofreu qualquer penalidade administrativa a impedir sua contratação como gestor.

O recorrido respondeu a ambos os recursos.

Esta é a síntese do necessário.

Anoto desde logo que há agravo interno no agravo de instrumento AI 2086059-88.2022.8.26.0000 apresentado pela Fazenda Pública, que se encontra apensado, mas do qual nos ocuparemos em separado.

Entendo que o a liminar concedida pelo juízo a quo não deve prosperar.

Histórico do caso:

A ação popular inicialmente movida pelo cidadão e Deputado Gildevanio Ilso dos Santos Diniz (Gil Diniz) em face do Estado de São Paulo, de João Agripino da Costa Doria Júnior- Governador do Estado de São Paulo e de Sérgio Sá Leitão - Secretário Estadual da Cultura e Economia de São

Paulo tem como **causa de pedir a anulação do ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade** com reversão de verbas eventualmente pagas isso porque o governo investiria R\$40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) para expansão **do Museu da Diversidade Sexual**.

Para o autor **o valor é desproporcional e excessivo** quando comparado com a dimensão da obra e outros museus que passam por processo de revitalização, v.g. Museo do Ipiranga, Museo da Língua Portuguesa.

Além disso, **imputa desvio de finalidade** por relação entre a direção do Museo da Diversidade e o Secretário de Cultura do Estado de São Paulo, a qual seria, inclusive, objeto de investigação em procedimento instaurado pelo Ministério Público Estadual. Defendendo a ocorrência de violação ao princípio da moralidade e de prejuízo ao erário.

A pedido do Ministério Público foi determinado o ingresso na lide do agravante (Instituto Odeon) e do Estado de São Paulo.

Na liminar cuidou o juízo a quo deixar claro que a dispensa de licitação é permitida (art. 24, XXIV da Lei 8.666/93) devendo ser acrescido que a Lei Complementar Estadual 846/98, alinha que as **organizações sociais (OS) cuja atividade seja, dentre outras, à defesa da cultura podem firmar com o poder público contratos de gestão com dispensa de licitação (art. 6º) , desde que precedido de convocação pública (§ 3º do art.6º)**.

Ressalte-se fato relevante, pois desde 2016, tal como informado à fls. 89/108 dos autos principais, o agravante foi qualificado como organização social da cultura em processo interno da Secretaria da Cultura (SC 129.064-2015).

Vale a transcrição feita:

Vale dizer que, desde 2016, no processo SC-129.064-2015, a Secretaria considerou o Instituto Odeon como uma

Organização Social da Cultura qualificada (OS vencedora da convocação referente ao Museu da Diversidade Sexual): *"À vista dos elementos que instruem os presentes autos, com especial destaque para a representação formulada pelo Secretário da Cultura, e tendo presente, ainda o Parecer 437-2016 da Consultoria Jurídica da Secretaria de Governo, qualifico, com fundamento na LC 846-98, o Instituto Odeon, inscrito no CNPJ sob o nº 02.612.590/0002-10, como organização social da área da cultura, de modo a habilitá-la à celebração de contrato de gestão com o Estado, por intermédio da citada Pasta, observadas, na oportunidade, as normas legais e regulamentares incidentes na espécie."* Prosseguindo na análise da documentação anexa, sendo a OS qualificada, por conseguinte, estava apta a concorrer na Convocação Pública, dada pela Resolução SC nº 47/2021 de 05/10/2021, publicada no DOE e no Portal Transparência Cultura; a convocação ficou aberta por 30 dias com permissão de envio de documentos até o dia 05/11/2021 e a sessão pública realizada virtualmente no dia 10/11/2021, de forma ampla e de total acesso.

A parceria entre o agravante e a Secretaria de Cultura do Estado de São Paulo é anterior aos fatos e atos tidos por contrários à moralidade, já que o procedimento de convocação se deu em 2021.

Pela forte influência transparente na decisão liminar sobre fatos revelados na ação ordinária proposta pela Fundação Theatro Municipal de São Paulo em face do agravante, é conveniente destacar-se o pedido:⁶

"seja, ao final, o pedido julgado procedente para condenar o Réu a ressarcir o valor de R\$ 562.272,83, referente aos recursos de bilheteria oriundos da venda de ingressos do período de 01.09 a 30.10.2017, montante a ser devidamente atualizado pelo IPCA e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir dos respectivos pagamentos, bem como das verbas de sucumbência, incluindo honorários advocatícios."

⁶ Autos 1007453-46.2022.8.26.0053 – 8ª Vara da Fazenda Pública TJSP

Curiosamente passado muitos anos dessa ausência de ressarcimento (2017) e somente depois de proposta a ação popular (2022) é que houve o ajuizamento da demanda em face do agravado.

Não se mostra plausível atribuir-se desídia ao Instituto Odeon, pois mais do que demonstrado ter o agravante lavrado boletim de ocorrência no caso da apropriação dos valores e ter buscado termo de confissão de dívida por parte da empresa Bilhetrom.com.

Para a n. juíza é “questionável” a escolha do Instituto Odeon feita pelo Estado de São Paulo para gestão do Museu da Diversidade Sexual, pois não se levou em conta o contrato rompido com a Fundação Theatro Municipal e outros motivos debatidos na ação de ressarcimento.

Contudo, não havia nenhum óbice legal a impedir a escolha do vitorioso no processo de convocação pública.

Para nós as premissas da n. julgadora não poderiam resultar na suspensão do repasse.

Primeiro porque não se pode afirmar como desidiosa a conduta do Instituto em procurar formalizar primeiro a notitia criminis do desvio feito pela empresa Bilhetrom, assim como o de entabular tratativas para que o repasse dos valores fosse feito de modo extrajudicial.⁷

Seis meses de verdade se passaram, mas isso por si só não pode ser tomado como sinal de inidoneidade do agravante, pois do contrário também seria desidiosa a conduta da Fundação Theatro Municipal em ajuizar a demanda de ressarcimento mais de três anos depois.

Ora, a responsabilidade do agravante na gestão da Fundação Theatro Municipal está em debate judicial, sem sentença transitada em

⁷ Sobre isso Confissão de dívida – 2131/2138 da Bilhete.com com o Instituto Odeon e o B.O. fls. 2139

julgado, o que minimamente não implica em inidoneidade em tratar com o poder público.

Aliás, nos autos principais há inúmeras certidões negativas relativas ao agravante, também referidas pelo Estado de São Paulo que não o desabonavam e ainda ao que se sabe como gestor.

É preciso considerar a presunção de legitimidade dos atos administrativos, assim como o mérito administrativo na escolha feita pelo Executivo em investir de modo direito no Museu e de modo indireto na cultura da diversidade

Isso é da seara da administração pública que não pode ser substituída pelo Poder Judiciário salvo se e quando houver sinais nítidos de ilegalidade e de lesividade.

Ora, se o juízo agravado considera questionável a escolha é preciso que haja tempo para o debate processual. Em nosso sentir a opção de suspender o repasse configura sim uma subversão à lógica do direito administrativo.⁸

Não há senão afirmativas unilaterais do autor popular de que a escolha do agravante foi indevida ou lesiva à moralidade pública.

⁸ AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. AÇÃO POPULAR. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ASSESSORAMENTO. INTERFERÊNCIA INDEVIDA DO PODER JUDICIÁRIO CARACTERIZADA. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o deferimento do pedido de suspensão requer a demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa grave lesão a um dos bens tutelados pela legislação de regência. 2. Na hipótese dos autos, sob o pretexto de controle do ato administrativo, houve clara lesão à ordem pública ao se substituir a decisão administrativa pela decisão judicial, desconsiderando o mérito administrativo, cuja construção de seu conteúdo é de competência do Executivo, e não do Judiciário. Não cabe a este Poder, dessa forma, atuar sob a premissa de que os atos administrativos são editados em desconformidade com a legislação, sendo presumivelmente ilegítimos. Tal conclusão configuraria subversão da lógica do direito administrativo, das competências concedidas ao Poder Executivo e do papel do Judiciário. 3. Analisar se o contrato administrativo celebrado entre a Copel e Rothschild & Co. Brasil Ltda. para prestação de serviços de assessoria financeira em processo de alienação de ações e ativos da Copel Telecomunicações S.A. caracteriza ou não o requisito da singularidade do objeto, pela existência de diversas empresas aptas a satisfazer o objeto perseguido pela estatal, é matéria de mérito da ação principal, que deve ser suscitada nas instâncias competentes, e não na via suspensiva. Agravo interno improvido. AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA 2654/PR, 16.11.20, Min Rel. Humberto Martins

Efetivamente é nítida a carga político ideológica da ação, que não se veste bem no caso concreto.

As escolhas da Administração Pública devem ser respeitadas salvo motivo que descaracterizem os deveres de probidade, moralidade, legalidade dentre outros.

Além disso, é preciso considerar que na concessão das liminares o exame é feito sobre a probabilidade do direito invocado, aferível no confronto das alegações e provas dos autos, chamada por Marinoni como probabilidade lógica, a saber:⁹

(...) A probabilidade do direito que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder “tutela provisória” .

Foram trazidos tantos elementos que dão suporte ao contrato de gestão firmado com o agravante, especialmente pela documentação juntada nos autos do AI 2086059-88.2022.8.26.0000, que não nos parece nada adequado suspender os repasses realizados.

Aliás, os repasses mensais dão folego econômico ao gestor, pois do contrário como pagaria, salários, cuidados com acervo e desenvolvimento de projetos?

Assim, nos parece que a probabilidade de obtenção da tutela almejada (nulidade do ato administrativo) é bastante reduzida e o risco de dano é inverso.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 213.

Outro fundamento da decisão agravada e que também não nos parece sólido é suspender os repasses porque os valores são vultosos.

De fato, os valores não são insignificantes, mas com o que foram comparados?

Se pensarmos no que se investe na cultura em nosso país, isso realmente nem chega ser mínimo que de lá vultoso.

Aliás, sem qualquer demérito a alguns contratos, a quantia repassada à gestão do Museu mostra-se menos vultosa. Basta comparar-se o desembolso feito aos museus em geral e outros empreendimentos culturais permanentes com aqueles feitos por muitos administradores públicos a um único artista sob o manto da inexigibilidade de licitação.¹⁰

Interessante os dados e as ponderações feitas pelo Estado de São Paulo nos autos no agravo 2086059-88.2022.8.26.000 ao criticar a impropriedade feita pelo autor popular ao comparar as verbas destinadas ao agravante com aquelas repassadas a outros museus (v.g Museo da Língua Portuguesa, Museo do Ipiranga) que tradicionais, muitos até seculares, contam com contribuição inclusive de particulares.

Evidentemente não é razoável o argumento de que haveria desperdício de verbas de enfrentamento da pandemia do Coronavírus, posto que não há prova de comprometimento da saúde pública pelo repasse das verbas objetadas.

Aliás, há nos autos demonstração inicial feita pelo Estado de São Paulo no bojo da ação popular, ao menos em sede de cognição sumária, de que os valores foram pontuados para o ano de 2022 em R\$ 9.863.475,00 e

¹⁰ Debates intensos têm ocorrido nesse tempo de crítica à Lei Rouanet de fomento à cultura e a Lei de Licitações que não exige licitação quando há notoriedade e exclusividade. V. <https://www.uol.com.br/splash/noticias/bbc/2022/05/31/de-gusttavo-lima-a-anitta-entenda-a-brecha-que-permite-contratar-de-famosos-com-dinheiro-publico.htm>

que mais de 50% serão destinados à reforma das instalações e desenvolvimento de programas/projetos e outro tanto evidentemente servindo à operacionalização do próprio Museu.

Data vênua, ao indeferir o efeito ativo o n. Relator fez a seguinte colocação:

Sob outra ótica, não se afigura possível afirmar, de imediato, que a suspensão dos repasses venha a criar situação insanável, inexistindo margem para que se possa cogitar depreciação do eventual direito no caso de se concluir apenas ao cabo do trâmite do agravo que este deva ser provido

A deterioração do espaço, do acervo, suspensão de projetos, de salários e rescisões trabalhistas só agravarão ainda mais os recursos que ali se encontram investidos.

Por certo que não houve ordem de fechamento, mas o custeio disso far-se-á como?

Aproveitando-se do significado dessa suspensão vale mencionar o ofício referido no bojo do agravo interno no qual a Secretaria da Cultura pontua a extensão dos danos, seja quanto a manutenção do acervo, desmobilização do pessoal, serviços de segurança e evidentemente danos ao patrimônio museológico.

Prossegue com argumentação plausível de que mais de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões) já foram repassados e não podem servir ao prosseguimento de projetos de arquitetura destinados a ampliação do espaço, pagamento de projetos e outros.

Há ainda que considerar o aspecto do dano moral à coletividade que a suspensão produzirá.

É preciso considerar que a temática objeto do Museu da Diversidade Sexual, lamentavelmente ainda pode despertar debate aguerrido ou resistência preconceituosa.

Nos dias de hoje isso nem sinal de retrocesso pode ser considerado, pois curiosamente a orientação sexual não definia o homem grego ou homem romano.¹¹

Na Idade Média com a forte influência da Igreja sobre os rumos da sociedade o homo (igual) sexualismo passou a ser visto como heresia.¹²

O tempo foi agravando a discriminação tal como se viu na última Grande Guerra quando homossexuais juntamente com ciganos, judeus, negros foram vítimas de grande violência em nome da “superioridade da raça ariana”.

Aliás, nesse mesmo período como ainda nada tivesse sido apreendido, destacável a repressão a diversidade sexual, pois não poupou a liberdade de orientação sexual de um dos maiores gênios da matemática e da criptografia. Sabido que o inglês Alan Turing, mesmo tendo conseguido quebrar os códigos nazistas que, permitiram o desembarque de milhares de soldados na Normandia e dar ensejo ao fim da 2ª. Grande Guerra, nem por isso deixou de ser discriminado e “tratado/condenado” com hormônios femininos.¹³

Sabido que essa intolerância ainda está longe de terminar a despeito dos esforços de muitos, como os movimentos sociais¹⁴, os poderes públicos que trouxeram um avanço na equalização dos direitos, v. g. Governo

¹¹ TONIETTE, Marcelo Augusto. Um Breve Olhar Histórico Sobre a Homossexualidade. Revista Brasileira de Sexualidade Humana, São Paulo, 01 à 06 de 2006. Disponível em: <http://www.sbrash.org.br/portal/images/stories/pdf/5-rbsh-vol17-2006-n1.pdf#page=37>.

¹² Há muitas representações iconográficas como na Pintura de John Martin de 1852 “Destruição de Sodoma e Gomorra”

¹³ Em 1952 na Inglaterra o homossexualismo era considerado crime.

¹⁴ Associação da Parada do Orgulho LGBT de São Paulo tem como missão: Promover cidadania da Comunidade LGBT+ por meio da cultura, esportes, lazer, estudos, grupos de discussão e outras atividades correlatas. <https://sistema.clubesassociados.com.br/cadastroAssociado/apoglbgt>, em 14.06.22.

Federal - Programa Brasil sem Homofobia, STF - Casamento entre pessoas do mesmo sexo, nome e o registro civil.

Essas experiências históricas precisam ser conhecidas e o aprendizado cultural é um forte componente de transformação da sociedade, especialmente necessário, principalmente porque há que ainda se importe muito com a orientação de gênero de outrem, classificando-o com o objetivo claro de controle na busca do “normal social”, como bem pontuado por Foucault em sua obra a História da Sexualidade.¹⁵

Afastar, reprimir, agredir o que tem orientação sexual diversa é negativa aos direitos humanos cujo primado é igualdade de direitos e da cidadania plena.

Projetos e ações culturais permanentes em prol da diversidade sexual exigem política pública, recursos, gestão.

Indiscutivelmente, a ação popular é um instrumento de cidadania, mas a suspensão dos repasses fundada em questionamentos amplíssimos feitos pelo autor popular não nos parece adequada, especialmente porque há na inicial forte carga especulativa, que acaba pôr em risco um trabalho que já existe desde 2012, mas que justificadamente propôs-se a avançar com pautas mais amplas desenvolvendo cultura.¹⁶

Assim, sou pelo provimento do agravo.

¹⁵ História da Sexualidade, A vontade de saber, vo. 1, 2020. Ed. Paz e Terra.

¹⁶ A cultura pode ser definida como as práticas sociais [ou os discursos], cujo principal objetivo é a significação, isto é, a produção de sentido ou a busca de "sentido" para o mundo em que vivemos. Cultura é o nível social no qual são produzidas as imagens do mundo e as definições da realidade que podem ser ideologicamente mobilizadas para legitimar a ordem existente nas relações de dominação e subordinação entre classes, raças e sexos. —Griselda Pollock, Vision and Difference: Feminism, Femininity and Histories of Art, Nova York: Routledge, Chapman & Hall, Inc., 1988, p. 20. **Como museus moldam significados.** In: <https://pt.khanacademy.org/humanities/approaches-to-art-history/tools-for-understanding-museums/museums-in-history/a/tissot-london-visitors>, acesso 14.06.22.

São Paulo, 14 de junho de 2022.

Deborah Pierri

Procuradora de Justiça