



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA

PODER JUDICIÁRIO

Porto Velho - 1ª Vara da Fazenda Pública

7029693-93.2015.8.22.0001 Ação Civil Pública

POLO ATIVO

AUTORES: M. P. D. E. D. R., MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA 1555, RUA JAMARI OLARIA - 76801-917 - PORTO VELHO - RONDÔNIA, ESTADO DE RONDÔNIA, AC ESPLANADA DAS SECRETARIAS 2986, COMPLEXO ADMINISTRATIVO POLÍTICO PEDRINHAS - 76801-976 - PORTO VELHO - RONDÔNIA

ADVOGADOS DOS AUTORES: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA, PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

POLO PASSIVO

RÉU: MARLI FERNANDES DE OLIVEIRA CAHULLA

ADVOGADO DO RÉU: MARCUS VINICIUS DE OLIVEIRA CAHULLA OAB nº RO4117

SENTENÇA

Vistos, etc.

Cuida-se de ação por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de Rondônia em face de Marli Fernandes de Oliveira Cahulla.

A demandada teria cometido ato ímprobo consistente em sucessivas contratações diretas de enciclopédias BARSAs, nos anos 2008, 2009 e 2010, por intermédio dos processos administrativos 01.1601.06358-00/2008 (1ª aquisição), 01.1601.05565-00/2009 (2ª aquisição) e 01.1601.00087-00/2010 (3ª aquisição), totalizando despesa pública na monta de R\$ 12.415.495,84 (doze milhões, quatrocentos e quinze mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e oitenta e quatro centavos).

O MP alega que as contratações não teriam precedido de justificativa que demonstrasse a inexistência de outras obras equivalentes no mercado; nem mesmo os preços contratados teriam sido justificados. Ademais, assevera que várias coleções das enciclopédias estariam lacradas em algumas unidades de ensino do Estado, tendo em vista a falta de mobiliários para acomodação, o que revelaria a desnecessidade da aquisição.

Por outro lado, do total de enciclopédias adquiridas (9.531), 1.679 unidades foram perdidas, o que importaria em prejuízo da ordem de R\$ 2.576.020,84.

Nesse contexto, postula-se, no mérito, a condenação da demandada nas penas do artigo 12, incisos I, II e III da Lei 8.429/92, inclusive o dever de ressarcir o dano ao erário.

Defesa prévia de Marli Fernandes de Oliveira Cahulla no id. 2338418. Salientou que o cerne da questão está sendo analisado pelo Tribunal de Contas, porém até o momento sequer existe relatório do Conselheiro-relator. Ressalta a competência do Tribunal de Contas para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e

valores públicos da administração direta e indireta. Assevera, por conseguinte, que este juízo estaria sendo induzido a julgar contas de administrador, prejudicando possível julgamento de mérito pelo Tribunal de Contas. Aduz, ainda, que não há falar em ato de improbidade quando não restar demonstrado o dolo na conduta. Afirma que não se lhe pode imputar culpa pelo desaparecimento de enciclopédias armazenadas no Almoarifado da Secretaria de Estado da Educação, razão pela qual entende ser parte ilegítima. Também alega ilegitimidade sob o argumento de que o demandante não comprova sua efetiva participação no desaparecimento das enciclopédias.

Decisão de acolhimento da ação no id. 3029351, ocasião em que se afastou a preliminar de ilegitimidade passiva, bem como afastou-se o pedido de suspensão do feito em razão de processo de tomada de contas no TCE.

A demandada foi citada (id. 3469027) e posteriormente apresentou contestação alegando preliminarmente sua ilegitimidade passiva e prescrição (id. 3781425). Apontou questão prejudicial no sentido de que está pendente de julgamento o processo administrativo de tomada de contas especial junto ao TCE/RO, que apura os mesmos fatos da ação. Assim, a ausência de julgamento apontando irregularidades nas contas prestadas naquela esfera impediria o judiciário de analisá-las.

O MP se manifestou sobre a defesa apresentada pela demandada no id. 3990597.

Intimados a especificarem provas, a requerida pugnou pela produção de prova testemunhal (id. 5005875), bem como o MP (id. 5165000).

Decisão afastando as preliminares arguidas, inclusive a de prescrição, determinando a realização de audiência (id. 5939501).

Ata de audiência no id. 7166813.

Alegações finais do MP no id. 7439589.

Alegações finais da requerida no id. 24855187.

É o relato. **Decido.**

As preliminares já foram enfrentadas por ocasião de decisão saneadora. No entanto, considero salutar realizar algumas considerações sobre a prescrição alegada novamente pela requerida, em sede de alegações finais.

Os atos de improbidade administrativa, assim como ocorre com as infrações penais, também estão sujeitos a prazos prescricionais. Logo, caso os legitimados ativos demorem muito tempo para ajuizar a ação de improbidade administrativa contra o responsável pelo ato ímprobo, haverá a prescrição e a consequente perda da pretensão punitiva.

A Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8429/92 estabelece, como regra, o prazo de 05 anos para propositura da ação de improbidade:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

A Constituição Federal estabelece as sanções aplicáveis àqueles que praticam atos de improbidade administrativa, dispondo, por meio de norma de eficácia contida, a respeito da prescrição para os ilícitos e excepcionando as ações de ressarcimento. Transcrevo:

Art. 37 (...)

§ 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.

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.**

Com efeito, dentre as sanções previstas pelo legislador àqueles que praticam atos de improbidade administrativa, apenas a sanção de ressarcimento ao erário não será prescritível (RE 669.069, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 03.02.2016).

Portanto, considerando a data em que a requerida deixou o cargo (31.03.2010) e a data da propositura da demanda (31.12.15), a requerida somente poderá ser condenada ao ressarcimento do erário, acaso verificado a ocorrência de lesão, já que estão prescritas as demais penalidades.

O ressarcimento integral do dano possui natureza reparatória e será cabível contra o agente público que tenha praticado atos que causam prejuízo ao erário.

Os atos de improbidade que casam prejuízos ao erário, consagrados no art. 10 da Lei 8429/92 relacionam-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa, que acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública (Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual. 7. ed. Método. 2019, p. 87).

O pressuposto central para tipificação do ato de improbidade, no caso, é a ocorrência de lesão ao erário, não importando se houve enriquecimento ilícito do agente público ou do terceiro. **Para que se verifique a ocorrência da lesão, é necessário que se comprove o elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente e o nexo de causalidade entre sua ação/omissão e o respectivo dano ao erário.**

Fixadas essas premissas, analisa-se o caso concreto.

O que se busca apurar é a responsabilidade da demandada, então Secretária de Educação do Estado de Rondônia, pela aquisição de enciclopédias “Barsa”, por meio de contratações diretas, ocorridas nos anos 2008, 2009 e 2010, que totalizaram a despesa pública na monta de R\$ 12.415.495,84 (doze milhões, quatrocentos e quinze mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e oitenta e quatro centavos).

Segundo o MP, as irregularidades estariam nos seguintes pontos: ausência de justificativa para as aquisições, as quais se deram em excesso; aquisição direta, por inexigibilidade de licitação, mesmo havendo outras marcas disponíveis no mercado; falta de comprovação da existência e localização de 1.679 enciclopédias adquiridas pelo órgão, ensejando um prejuízo no montante de R\$2.576.020,84.

O art. 25 da Lei 8.666/93 elenca as hipóteses em que será inexigível a realização de licitação. No caso, a requerida utilizou-se do inciso I do dispositivo para justificar a inexigibilidade. Transcrevo:

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;

A inexigibilidade de licitação caracteriza-se pela existência de apenas um determinado objeto ou pessoa que atenda às necessidades da Administração, de modo que se torna inviável a competição, pois somente um dos interessados reúne qualidades que o tornam único, inibindo os demais pretendentes. Ou seja, mesmo que a Administração queira, não consegue realizar licitação porque inexistente competição.

As hipóteses previstas no art. 25, I da Lei 8666/93 somente autorizam a contratar diretamente o objeto da licitação após a comprovação inequívoca da inviabilidade de competição.

O art. 26, por sua vez, elenca exigências a serem cumpridas pelo administrador no caso de contratação por inexigibilidade de licitação:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, **necessariamente justificadas**, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Feitas essas considerações e analisando os documentos acostados, verifico que as declarações apresentadas para justificar a exclusividade da Enciclopédia Barsa em cada processo de compra (id. 2063189, 2063193, 2063236) não preenchem o requisito legal para caracterizar a inexigibilidade, pois é notório que havia outras coleções de enciclopédias disponíveis no mercado, mesmo naquela época.

As declarações dizem que apenas a Barsa Internacional tinha exclusividade pelas obras indicadas, dando a entender que este fato preencheria o requisito legal. No entanto, o que se verifica na verdade é que a obra é exclusiva porque a Barsa tem suas características editoriais, realizando coleções de maneira separada. Ou seja, a exclusividade não seria o fato da Barsa ser a única enciclopédia no mercado, mas porque só ela criou “kits” ou coleções temáticas específicas.

Se for utilizado este raciocínio, qualquer livro seria exclusivo, a depender da editora. Uma edição de determinado livro sempre será exclusivo da editora correspondente, já que os autores de livros didáticos são variados e cada um possui uma linguagem e metodologia de ensino próprios. No entanto, ao fim e ao cabo, todas apresentarão uma matriz curricular em comum, pois os conhecimentos básicos da educação são universais e todo aluno que vai à escola deve aprender de acordo com os parâmetros curriculares nacionais do ensino fundamental e médio. Portanto, qualquer outra “marca” de enciclopédia traria as informações exigidas, não sendo esse tipo de conteúdo exclusivo da Barsa em razão da edição apresentada.

As contratações por inexigibilidade licitatória (art. 25, inc. I, Lei nº 8.666/93) não observaram as devidas formalidade legais - fato tipificado como crime (art. 89, Lei nº 8.666/93) - pois não demonstrada a inviabilidade de competição, sendo certo que havia outras obras equivalentes no mercado que atenderiam a mesma finalidade, cujo interesse público é no mínimo questionável.

Destaco outras provas que levam a essa conclusão e que revelam o dolo da requerida, pois mesmo assim contratou a Barsa Planeta, tanto deixando de observar a ausência de comprovação de exclusividade, quanto não apresentando a justificativa de preço:

O trecho do relatório da tomada de contas especial (id. 2063155 – 1): “Convém registrar, por oportuno, que a Secretária da SEDUC solicitou diretamente do fornecedor Barsa Planeta Internacional o envio de proposta comercial das coleções pretendidas, após o pedido de autorização para realização das despesas pela Gerência de Educação (fls. 23, 48/49), em clara indicação de que a SEDUC já pretendia adquirir, especificamente, essas obras, pois nenhuma pesquisa no sentido de averiguar a existência de outras equivalentes no mercado foi realizada”.

O ofício mencionado é o constante no id. 2063191 – p. 19, no qual a então Secretária da pasta, ora requerida, solicita o envio de proposta comercial das coleções, o que revela clara inobservância do processo de aquisição de materiais pela Administração Pública.

Em depoimento dado ao MP, Irany Freire Bento, então gerente de educação da SEDUC nos anos de 2003 a 2004, afirmou que nessa época ocorreu proposta para compra da Enciclopédia BARSa, porém ela foi contra, pois vislumbrou que existiam novas tecnologias, que seriam mais úteis. Também considerou que seria mais útil, se fosse o caso, a aquisição de livros didáticos por área de conhecimento e outros livros gerais e específicos, sendo que o então Secretário de Educação da época acompanhou seu entendimento (id. 20663148 – p. 8).

Ou seja, Irany sopesou a utilidade e necessidade de aquisição das Barsas à época em que atuou na Administração, demonstrando como um gestor deve agir, pois constatou que havia no mercado opções mais ÚTEIS aos alunos e que provavelmente custariam muito menos dinheiro público, o que revela também a observância do princípio da eficiência administrativa.

Por sua vez, Sandra Feitosa de Souza, que à época dos fatos estava lotada na Gerência de Apoio Controle e Avaliação – GACA/SEDUC ao ser perguntada se sabia da existência de outras coleções similares à Barsa, em depoimento na tomada de contas instaurada na secretaria, respondeu que sim e citou as enciclopédias Mirador, Britânica e La Larousse.

Ressalto que o setor denominado “GACA” era o responsável por prestar apoio logístico às unidades de ensino do Estado, como aquisição de mobiliário e equipamentos, bem como a distribuição do patrimônio adquirido da SEDUC. Ou seja, todo patrimônio adquirido pela SEDUC deve passar pela GACA, pois esta realiza o controle, agendamento e os encaminhamentos para aquisições futuras, apesar disso, a aquisição das enciclopédias não passou por esse setor.

Chamo atenção à declaração no id. 2063321 – p. 3, que atesta esse fato e ainda: *“Perguntado se a aquisição da Barsa pela GE/SEDUC causou algum tipo de transtorno junto ao pessoal da GACA, respondeu que sim. A GACA não conseguiu realizar algumas ações por conta da despesa com a Barsa, tais como aquisições de literatura infanto juvenil, treinamento de auxiliar de biblioteca e aquisição de mobiliário para bibliotecas. Essas ações estavam previstas no PPA e foram planejadas pelo pessoal da GACA, mas não foram realizadas por conta do remanejamento do recurso, 2008, 2009 e 2010”.*

Destaco, ainda, que em manifestação quando a realização da despesa, a PGE advertiu a SEDUC por meio do parecer n.º 1494/PGE/08 que se assegurasse sobre a inexistência, no mercado, de obras similares que atendam a finalidade pública indicada na justificativa antes de optar pela contratação direta.

Transcrevo trecho do parecer 1494/PGE/08 (id. 2063196 – p. 16):

“Para contratação direta, nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a lei exige que o processo seja instruído com justificativa da escolha do fornecedor ou executante (Lei 8.666/93, art. 26, Parágrafo único, II), bem como do preço (Lei 8.666/93, art. 26, Parágrafo único, III). A escolha do fornecedor está caracterizada em virtude da ausência de competição. Ou seja, se houvesse outro fornecedor não estaríamos a falar em contratação direta.

No que se refere ao preço, embora conste na proposta, esta Procuradoria não possui elementos para aferir se os mesmos são compatíveis com os de mercado. Quanto a este requisito, deve o Sr. Ordenador da despesa tomar todas as cautelas necessárias para aferir se a proposta encontra-se dentro dos padrões econômicos viáveis, buscando, para tanto, meios de comparação com produtos similares e disponíveis no mercado. A cautela é necessária para evitar o desperdício de recursos públicos na ocorrência do superfaturamento”.

A SEDUC não atendeu a orientação da PGE, realizando a contratação direta, a despeito de existirem outras obras disponíveis no mercado, o que revela o dolo no ato administrativo praticado. A contratação foi efetivada sem a preocupação em verificar a adequação dos preços propostos com os preços de produtos similares disponíveis no mercado, a fim de estabelecer parâmetros de comparação e evitar o superfaturamento.

A Controladoria Geral do Estado mencionou este fato, conforme se verifica no Parecer n. 304 (id. 2063217 – p. 7): *“Não constam nos autos a Carta de Exclusividade comprovada mediante atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local em que se realiza a licitação, conforme solicitado através do Parecer n. 1494/PGE/08”.*

Tanto no primeiro parecer quanto nos seguintes, quais sejam, o Parecer n. 020/PGE/2010, por ocasião do Processo Administrativo n. 1601.00087-00/2010 (R\$ 3.972.150,00) e Parecer n.º 1813, referente ao processo administrativo n.º 1601.055-00/2009 (R\$ 3.582.000,00) fizeram as mesmas ponderações e recomendações à requerida, que reiteradamente as ignorou (id. 2063296 – p. 6).

Como dito acima, além de não ter observado o requisito de exclusividade, a Administradora também não observou os trâmites formais inerentes a todo processo licitatório. Em vez de seguir as orientações, a requerida encaminhou ofício solicitando proposta comercial, mas muito tempo antes a Barsa Planeta já havia protocolado a proposta, informando quantitativos, preços unitário e total de venda, o que revela a intenção prévia da contratação.

É o que se depreende das seguintes declarações:

Declaração de MILVA VALÉRIA GARBELLINI E SILVA (id. 2063181 – p. 5), que à época era subgerente de ensino fundamental da SEDUC: “Que nunca chegou ao conhecimento da declarante que havia pedidos das unidades de ensino para aquisição de enciclopédias. Desconhece se houve estudo para verificar se a aquisição das enciclopédias iria atender a real necessidade do alunado. Não havia estudo técnico”. - “Na aquisição das enciclopédias não houve essa fase prévia para a feitura do projeto básico. Tudo seguiu as ordens vindas do gabinete da SEDUC. **A declarante pode afirmar que a iniciativa para aquisição das enciclopédias não partiu da Gerente de Educação SONIA CASIMIRO ou da GACA através de MARIA DE FÁTIMA RODRIGUES. A iniciativa foi do gabinete, que encaminhou o quantitativo, os valores, a justificativa e o objetivo, o que era incomum porque era tarefa da Gerência de Ensino**”. (negritei)

Declaração de TANANY ARALY BARBETO (id. 2063181), que à época era diretora financeira da SEDUC afirmou que “os pagamentos por aquisições de bens e serviços na SEDUC, isso na diretoria financeira – DAF, ocorria após toda a tramitação própria da execução da despesa. No caso da SEDUC havia parecer prévio da assessoria jurídica, do controle interno, da Controladoria-Geral do Estado e parecer a Procuradoria do Estado, que exarava e fazia minuta do contrato. Sem essa tramitação prévia não havia emissão da ordem bancária pelo DAF. No final de 2010 a ordem bancária foi substituída por remessa eletrônica – RE, implantada no SIAFEM. As providências para pagamento pela declarante ocorreram após a determinação para execução da despesa pelo ordenador de despesas, no caso MARLI CAHULLA”.

Não bastasse a primeira aquisição na vultuosa quantia de R\$4.861.350,00 (processo n. 01.1601.06358-00/2008), sem o atendimento de todas as formalidades licitatórias, houve abertura dos outros dois processos (n. 01.1601.00087-00/2010 e 1601.05565/2009) para aquisição de mais enciclopédias, dessa vez no valor significativo de R\$ 3.972,150. e 3.582.000,00 respectivamente.

Ponto que evidencia a inadequação na quantidade adquirida é verificado no seguinte trecho do relatório do TCE, no id. 2063554, em que a Equipe Técnica identificou a seguinte situação no CEEJA Marechal Rondon, no Município de Presidente Médici: “(...) *uma quantidade grande de material didático da coleção Barsa Digital. Vale ressaltar que o CEEJA é uma escola relativamente pequena. Atende a mil alunos divididos em três turnos. A própria diretora revelou que ficou surpresa como número de Barsas que foram entregues à escola. A primeira Barsa que chegou foi festejada por todos na escola, em especial os professores. O segundo kit, já foi recebido com estranheza. Quanto o terceiro kit chegou, a diretora ligou para SEDUC, perguntando se não haviam entregado no endereço errado, tal o descabimento de haver na escola três kits. Um deles até hoje continua em uma sala, fechado, pois não há necessidade de utilização*”. (id. 2063313)

Destaco também o seguinte trecho da conclusão da tomada de contas no id. 2063544: “*O quadro de distribuição de fls. 228/245, contendo as colunas Barsa Língua Portuguesa, Barsa Meio Ambiente e Patrimônio da Humanidade não foi utilizado para definir a quantidade de coleções a serem compradas, pois sequer foi somado. As quantidades foram definidas pela senhora Marli Fernandes de Oliveira Cahulla e o Departamento Comercial da Barsa, conforme documento de fls. 246. Às f.s 282/292, acostaram intempestivamente outro plano de distribuição, mas sem qualquer justificativa plausível. Parece que a juntada deste documento objetivava criar alguma lógica que justificasse a despesa exagerada*”. [...] “*A comissão processante recebeu do Almoxarifado/SEDUC/ 670 termos de responsabilidade. Esses termos não correspondem ao disposto no quadro as fls. 1134/1144, vez que algumas escolas receberam em duplicidade e outras ficaram sem*”.

É de se dizer que o fato mencionado acima, no sentido de que as aquisições não tiveram participação da GACA, que é o órgão responsável pelo controle logístico das aquisições e distribuição do patrimônio revela a irregularidade também na distribuição do material, como bem pontuou o TCE no id. 2063555, não houve adoção de critérios da SEDUC para estabelecer a quantidade de enciclopédias para cada escola.

Por fim, destaco que embora a SEDUC tenha declarado a aquisição de 9.531 enciclopédias, a comissão de tomada de contas constatou que foram comprovadamente distribuídas 7.494 enciclopédias, revelando uma diferença de 1.679 unidades, as quais correspondem ao prejuízo no valor de R\$ 2.576.020,84, o que revela irregularidade na liquidação de despesa (art. 62 e 63 da Lei 4.320/64). (id. 2063555 – p. 4).

A requerida poderia alegar em seu favor a ausência do dever de ressarcir o Estado pelo simples fato de que houve a entrega do material adquirido, de modo que o ressarcimento configuraria enriquecimento sem causa do Estado e suposta ausência de prejuízo.

No entanto, a situação não é tão simples. De fato, não se pode requerer ressarcir a Administração de algo que lhe foi útil, pois essa situação realmente seria um enriquecimento sem causa.

Ocorre que neste caso restou suficientemente demonstrado a absoluta desnecessidade da destinação das enciclopédias às escolas e unidades de ensino às quais foram destinadas, seja pela quantidade absurda, seja pela ausência de estrutura para recebê-las, ou até mesmo de demanda de alunado que as utilizasse, como destacado no trecho transcrito de declaração da diretora de uma das escolas agraciadas.

Assim, a partir do momento em que o material entregue demonstra total inutilidade ao que outrora se destinou, está revelado o dever do responsável pela despesa, no caso a requerida, em ressarcir o erário na medida do prejuízo.

A documentação que instrui a inicial revela que muitas enciclopédias ficaram armazenadas em almoxarifado e sem destinação. Segundo a Comissão de Tomada de Contas Especial, estavam armazenadas e sem utilização: 245 coleções da Barsa Universal, 37 coleções da Barsa Temática, 39 coleções da Barsa Hobbs, 6 peças da Barsa Patrimônio da Humanidade, 27 coleções do Curso de Espanhol Barsa Planeta e 4 coleções do kit Meio Ambiente Barsa (id. 2063555 – p. 3).

O entendimento atualmente esposado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a dispensa indevida de licitação provoca dano ao erário, uma vez que, nessa hipótese, a Administração deixa de contratar a melhor proposta, dando ensejo ao chamado **dano in re ipsa**, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado. O mesmo entendimento tem sido analogicamente aplicado ao caso de inexigibilidade não comprovada, conforme jurisprudência abaixo colacionada.

Essa tese do STJ já vinha sendo defendida, de longa data, pela Segunda Turma daquela Corte Superior (REsp 817.921/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012), tendo a Primeira Turma, há pouco tempo, passado a acompanhar esse posicionamento, de maneira que, atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se encontra consolidada sobre o assunto (AgRg no AgRg no REsp 1.288.585/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes [conv.], Primeira Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 09/03/2016; AgRg no REsp 1.499.706/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 14/03/2017).

Transcrevo julgados:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PRESCRIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - ART. 37 §5º DA CF E ART. 23, I, DA LEI 8429/92 - AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS À POPULAÇÃO SEM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL - CONDENAÇÃO DO EX-PREFEITO - INEXISTÊNCIA DE ATO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO - DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO QUE NÃO ERA POSSÍVEL - DIREITO AO GOVERNO HONESTO - SENTENÇA QUE CONDENA O APELANTE A A RESSARCIR O ERÁRIO COM FULCRO NOS ARTS. 10, VIII E 12, II DA LEI 8429/92 - CONDENAÇÃO AFASTADA POR IMPOSSIBILIDADE DE PRECISAR O DANO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - PRESENÇA DE TODOS OS REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CARACTERIZAÇÃO DO DOLO - CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO ART.11, I, DA LEI 8429/92 - CONDENAÇÃO DO APELANTE AO PAGAMENTO DE MULTA CIVIL - INTELIGÊNCIA DO ART. 12, III, DA LEI 8429/92 - REFORMA

DA SENTENÇA DE OFÍCIO - AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO DO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ATENDIMENTO AO ENUNCIADO Nº 02, DA 4ª E 5ª CÂMARAS CÍVEIS DO TJPR - DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO - REFORMA DA SENTENÇA DE OFÍCIO. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.690.295 - PR (2017/0193843-0)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, II, VIII E XI, DA LEI 8.429/92. ILEGALIDADES NA CONTRATAÇÃO E NA UTILIZAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA COM EMPRESA DE "FACHADA" E EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS, PELA PRÓPRIA MUNICIPALIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO. DOLO GENÉRICO OU CULPA GRAVE. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92. DANO IN RE IPSA. PRECEDENTES DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE AFRONTA A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 17/05/2018, que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público Federal em face do então Prefeito do Município de Santa Cruz/RN e outros, em virtude de suposta prática de ato ímprobo, previsto nos arts. 10, caput, II e VIII, e 11, caput, da Lei 8.429/92, em decorrência de ilegalidades na contratação e na utilização de verbas federais, destinadas à construção de um canal de drenagem, em área urbana. Segundo o Parquet, houve dispensa indevida de licitação, sob a falsa alegação de estado de calamidade, no Município. Contudo, o quadro de calamidade teria sido gerado por prejuízos ocorridos na zona rural e a obra convencionada foi edificada na zona urbana do Município. Ademais, alega que a contratação fora feita com uma empresa de "fachada", tendo sido a execução da obra feita pela própria Prefeitura de Santa Cruz/RN, inclusive com maquinário da edilidade.

III. O Juízo de 1º Grau julgou procedente a ação, condenando o réu como incurso no art. 10, caput, II, VIII e XI, da Lei 8.429/92, aplicando-lhe as penalidades de ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público. O Tribunal de origem, em um primeiro momento, deu provimento, em parte, ao apelo do réu, para excluir a penalidade de perda da função pública, mantendo, no mais, a sentença. Contudo, por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração, opostos pelas partes, acolheu o recurso do réu, com efeitos infringentes, para absolvê-lo, concluindo que "não há prova nos autos de que a conduta do embargante, quando dispensou a licitação, tenha, de fato, produzido resultado danoso, ou seja, dano ao erário. Ressalte-se, por oportuno, que o contrato de repasse, objeto deste feito, teve suas contas aprovadas pelo próprio TCU. Sendo assim, sem qualquer prova do prejuízo ao erário, não é possível reconhecer a presença do dolo, único elemento capaz de justificar uma condenação por improbidade administrativa". IV. Contudo, na forma da jurisprudência dominante desta Corte, para a caracterização do ato ímprobo, indispensável que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas descritas no art. 10, caso dos autos. Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.518.920/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/06/2018; REsp 1.714.972/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2018. V. Por outro lado, "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" (STJ, REsp 1.624.224/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2018). No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.671.366/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/12/2017; REsp 1.685.214/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017.

VI. Na forma da jurisprudência, "o prosseguimento da ação de improbidade administrativa independe da aprovação ou rejeição das contas pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 21, II, da Lei 8429/92" (STJ, AgRg no REsp 1407540/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2014). No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.367.407/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/08/2018; REsp 1.602.794/TO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017; AgInt no AREsp 764.185/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/06/2017.

VII. No caso - ao defender a necessidade de comprovação do prejuízo ao Erário, na hipótese do art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, e afirmar que o ato ímprobo, descrito no referido art. 10 da Lei 8.429/92, somente seria punível se verificada a presença do dolo -, o acórdão recorrido destoa do entendimento dominante desta Corte, de modo que deve ser mantida a decisão ora agravada, que deu provimento aos recursos do Ministério Público Federal e da União, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que, com amplo juízo sobre os fatos e provas produzidos pelas partes, reexamine o caso dos autos, à luz das premissas jurídicas consagradas na jurisprudência desta Corte.

VIII. Agravo interno improvido.
(AgInt no AREsp 784.438/RN, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2018, DJe 19/12/2018)

ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO SEM PROCESSO LICITATÓRIO FORA DAS HIPÓTESES DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÕES ATINENTES À NECESSIDADE DE ANULAÇÃO DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS ATÉ O MOMENTO, EM RAZÃO DE INEXISTÊNCIA DE CITAÇÃO DE TODOS OS LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS E À REGULARIDADE DA DISPENSA/INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. ALEGAÇÕES DE INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO E DE INEXISTÊNCIA DE DOLO NOS ATOS PRATICADOS. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. ALEGAÇÃO DE IRRETROATIVIDADE DA LEI N. 8.429/91, ABSOLUTAMENTE INSUSTENTÁVEL, ANTE A DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. CONDENAÇÃO BASEADA EM LEGISLAÇÃO ANTERIOR E PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. CONTÍNUOS PREJUÍZOS AO ERÁRIO.

I - Ação de improbidade objetivando a responsabilização e anulação de atos, por não se realizar procedimento licitatório para contratação de prestação de serviços junto à PROTAN e sob alegação de que houve imprevisão financeira sobre o objeto do acordo e inúmeras renovações contratuais por meio de aditamentos, configurando superfaturamento e danos ao erário.

II - No tocante à violação ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, a argumentação merece ser igualmente conhecida, mas não acolhida. O acórdão recorrido não se ressentiu de omissão, obscuridade ou contradição, porque apreciou a controvérsia com fundamentação suficiente, embora contrária aos interesses dos recorrentes. III - As alegações atinentes à necessidade de anulação dos acórdãos proferidos até o momento, em razão de inexistência de citação de todos os litisconsortes passivos necessários e à regularidade da dispensa/inexigibilidade da licitação são questões que, para a reversão do entendimento firmado pelo Tribunal a quo, demandam incontestemente revolvimento fático-probatório. Incidência do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

IV - Quanto às alegações de inexistência de prejuízo ao erário público e de inexistência de dolo nos atos praticados, incide o enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

V - Quanto à alegação de irretroatividade da Lei n. 8.429/91, absolutamente insustentável, ante a deficiência da fundamentação, a tese de irretroatividade formulada pelos recorrentes.

VI - A Corte de origem considerou que as irregularidades se perpetuaram por todo o prazo de cumprimento da avença, mediante renovações contratuais

operacionalizadas via aditamentos ilegais anteriormente e já sob a égide da Lei n. 8.429/92, sem a instauração de qualquer procedimento licitatório, causadores de contínuos prejuízos ao erário. Segundo salientado pelo Tribunal a quo, quando do julgamento do recurso de apelação da parte recorrente (fls.

2.153-2.154 e 2.157): "A prorrogação do prazo contratual sem a justificação corresponde a falta de licitação, havendo de ser reconhecida a nulidade. (...) Portanto, inexistem dúvidas acerca de que os réus efetivamente praticaram os atos descritos na petição inicial, restando nítida a tipificação da infração caracterizadora da improbidade administrativa"[...] "Ficou perfeitamente demonstrado o ato de improbidade, pois inafastável a vontade consciente de violentar as normas previstas pelo Decreto-lei nº 2.300/86, assim como a Lei Federal n. 8.666/93, bem como os princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública".

VII - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1579897/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017)

À luz da jurisprudência acima retratada, a situação descrita no caso concreto é considerada ainda mais grave, pois, a requerida, agindo com dolo e má fé, determinou a realização de despesa pública sem observar a lei, mesmo após orientações da PGE e CGE. Adquiriu milhares de enciclopédias, que em sua maioria se mostraram desnecessárias para o fim público proposto. Além disso, não utilizou os serviços da SEDUC corriqueiramente atuantes na constatação de adequação de obras para serem adquiridas para o alunado (GACA e GE), ordenando a despesa diretamente. Não primou pela adequada fiscalização da liquidação da despesa, permitindo que as entregas dos produtos ocorressem abaixo do quantitativo adquirido, o que também demonstra a desnecessidade da despesa realizada.

Assim, entendendo suficientemente demonstrados os três requisitos mencionados no início dessa decisão, os quais são exigidos para que se verifique o dano ao erário: a prática do ato ímprobo doloso previsto no art. 10, III, VIII e XI por parte da requerida, o dano e o nexo de causalidade, devendo sofrer as sanções legais em decorrência disso.

Conquanto seja reconhecida, na hipótese em apreço, a ocorrência de dano in re ipsa e, por conseguinte, a prática de ato ímprobo tipificado no art. 10, III, VIII e VIII, da Lei 8.429/92, a quantificação do dano, deve ficar reservada para a fase de liquidação do julgado, à medida que não há nos autos, atualmente, elementos que permitam uma apuração exata do prejuízo causado aos cofres públicos, não podendo ser considerado como dano ao erário o valor total das aquisições e contratações realizadas sem prévia licitação pela requerida, pena de haver, em prol da Administração, enriquecimento sem causa.

Por tudo quanto posto, julgam-se procedentes os pedidos formulados para CONDENAR Marli Fernandes de Oliveira Cahulla pela prática de atos de improbidade administrativa previstos no art. 10, III, VIII e VIII, da Lei 8.429/92, devendo recair sobre ela a sanção de ressarcimento integral do dano, prevista no art. 12 da Lei 8429/92 e no art. 37, §4º da CF/88, cujo valor será apurado em fase de liquidação.

Extingue-se o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Custas de lei. Sem honorários advocatícios.

Publique-se e registre-se eletronicamente. Intimem-se.

Porto Velho , 11 de abril de 2019 .

Rejane de Sousa Gonçalves Fraccaro

Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Av. Lauro Sodré, nº 1728, Bairro São João Bosco, CEP 76.803-686, Porto Velho, RO

Assinado eletronicamente por: REJANE DE SOUSA GONCALVES FRACCARO

11/04/2019 18:18:49

<http://pjepeg.tjro.jus.br:80/consulta/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento: 26302325



1904111818330000000024660942

IMPRIMIR

GERAR PDF