

ESTADO DE RONDÔNIA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
1ª Câmara Especial / Gabinete Des. Gilberto Barbosa

Processo: 7029693-93.2015.8.22.0001 - APELAÇÃO CÍVEL (198)

Relator: GILBERTO BARBOSA

Data distribuição: 13/09/2019 14:11:27

Data julgamento: 11/02/2021

Polo Ativo: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE RONDONIA e outros

Advogado do(a) APELANTE: MARCUS VINICIUS DE OLIVEIRA CAHULLA - RO4117-A

Polo Passivo: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE RONDONIA e outros

RELATÓRIO

Cuida-se de **Recursos de Apelação** interpostos por **Marli Fernandes de Oliveira Cahulla** e pelo **Ministério Público** contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Velho que condenou a primeira a ressarcir o erário em valor a ser apurado em sítio de liquidação de sentença, id. 7008230.

Marli Cahulla, em sítio de preliminar, afirma inadequada a via eleita, pois transcorridos mais de cinco anos entre o fim do exercício de função pública (em 31.03.2010) e o ajuizamento da ação (em 31.12.2015), houve prescrição para ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

Dizendo que a prescrição, por fulminar o próprio direito de ação, impede a pretendida condenação, requer a extinção do feito em razão da inadequação da via eleita.

No que respeita ao mérito, alega que a condenação está lastreada em fundamentos genéricos e indeterminados, pois a escolha da marca e quantitativo das obras, sem licitação, adquiridas pela secretaria de educação, baseou-se em critérios técnicos eleitos por equipe da gerência de educação.

Salientando depoimentos de testemunhas, alega que a escolha das obras não se deu de forma arbitrária, pois observou rigoroso procedimento com participação do setor de controle logístico e pedagógico, em consonância com as diretrizes fixadas pelo programa nacional biblioteca da escola.

Dizendo que a aquisição de determinado material didático não importa demérito aos demais, destaca a qualidade da Barsa, o que, no seu entender, justifica a compra direta, mormente considerando a existência de rubrica específica na lei orçamentária e compatibilidade com o plano plurianual.

Repisando que a aquisição da enciclopédia Barsa observou exclusivamente critérios técnicos, justifica a inexigibilidade de licitação em razão da qualidade pedagógica do material.

Alegando não se ter comprovado a existência de obras similares, afirma que o preço da contratação observou o que é praticado no mercado.

Noutro vértice, pontua que, devidamente comprovado o recebimento das obras, não lhe pode ser imputada a responsabilidade por eventual desaparecimento de parte do material.

Dizendo indignos de fé os relatórios técnicos do corpo instrutivo do Tribunal de Contas, afirma que, por não ter sido realizada conferência *in loco*, sequer se pode falar em desaparecimento das enciclopédias, pois a diferença apurada decorre de mera desordem administrativa em razão do extravio de documentos comprobatórios da guarda de bens.

Repisando a fragilidade das conclusões da Corte de Contas, assevera que parcela das enciclopédias alegadamente desaparecidas foram encontradas nas unidades de ensino estadual, realidade que diz evidenciar singelo equívoco burocrático, impassível de ser confundido com ato doloso ou má-fé.

Lado outro, alega que, ainda que sejam apontadas eventuais irregularidades no procedimento licitatório, não restou evidenciado o elemento subjetivo indispensável para o reconhecimento de atuar ímprobo.

Nesse contexto, dizendo que não se confirmou o dolo indispensável à caracterização de improbidade administrativa, requer a reforma da sentença, id. 7008243.

A seu turno, o Ministério Público postula que, reconhecida a prática de ato ímprobo, seja, desde já, quantificada a sanção de ressarcimento ao erário de acordo com o valor total da aquisição das enciclopédias ou, de forma subsidiária, de acordo com os elementos trazidos à colação ou, pelo menos, estabelecidos os parâmetros para a futura liquidação, id. 7008246.

Em contrarrazões, bate-se o Ministério Público pelo não provimento do apelo de Marli Cahulla, id. 7008252.

Marli Cahulla não apresenta contrarrazões, o que evidencia a certidão id. 9512196.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADOR GILBERTO BARBOSA

I – Do Apelo de Marli Cahulla

I.1. Da Prescrição

Ao contrário do que sustenta a apelante, não há falar em prescrição, pois, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sítio de recurso submetido a julgamento sob a sistemática da repercussão geral, *são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa* (RE nº 852475, Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, j. 08.08.2018).

In casu, em que pese a impossibilidade de aplicar as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa – pois transcorridos mais de cinco anos entre o término da função pública (em 31.03.2010) e o ajuizamento da ação (em 31.12.2015) – nada obsta a continuidade da demanda com o objetivo de garantir o ressarcimento ao erário, este imprescritível.

Nesse sentido, a consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Administrativo. Embargos de divergência em recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prescrição quanto ao pedido condenatório. Prosseguimento da ação quanto ao pedido de reparação de danos. Possibilidade. Embargos rejeitados. 1. Admitida a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o posterior reconhecimento da prescrição da ação quanto ao pedido condenatório não impede o prosseguimento da demanda quanto ao pedido de reparação de danos. 2. Embargos de divergência rejeitados (REsp nº 1.218.202, 1ª sessão, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 22.09.2012).

Pelo exposto, afasto a preliminar, o que submeto aos e. Pares.

I.2. Da Improbidade

No que respeita ao mérito, também não socorre razão à apelante.

É que, como fartamente evidenciado, a apelante, então titular da secretária estadual de educação, dispensou, fora das hipóteses legais, a procedimento licitatório, incorrendo, pois, na conduta prevista no artigo 10, inciso VIII da LIA, ato que, nos termos da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, evidencia ocorrência de dano *in re ipsa* (nesse sentido: AgRg no REsp nº 1499706, 1ª Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 02.02.2017; REsp nº 1280321, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 06.03.2012; REsp nº 728341, 2ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 14.03.2017; AgInt no REsp nº 1542025, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 05.06.2018).

Incontroverso que a apelante, sob o fundamento de inexigibilidade de licitação por haver fornecedor exclusivo, adquiriu, de forma direta e ao vultoso custo de R\$12.415.495,84, exemplares da enciclopédia Barsa.

O fundamento legal para a contratação foi extraído do inciso I, do artigo 25 da Lei 8.666/93 que prevê, *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.

Como cediço, as hipóteses da inexigibilidade de licitação decorrem da impossibilidade fática ou jurídica de realização de procedimento licitatório – regra na Administração Pública – carecendo, por isso, de evidencia concreta da inviabilidade de competição e cumprimento dos requisitos do artigo 26 da Lei 8.666/93, que, para além da justificação, reclama a exposição da razão de escolha do fornecedor, justificativa do preço e aprovação dos projetos.

Sobre o tema, colhe-se a lição de Matheus Carvalho, *verbis*:

A inexigibilidade está regulamentada no art. 25 da Lei 8.666/93 que estabelece, em princípio, que a licitação será inexigível sempre que a competição for impossível.

Nesse sentido, o próprio artigo define que se considera inviável a competição em casos de aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, não sendo admitida a escolha de marca pela Administração Pública (in Manual de Direito Administrativo, 6ª ed., 2019, Juspodvm, p. 502).

Singelo passar d'olhos pelo artigo 25, inciso I da Lei 8.666/93 evidencia que, assim como concluiu o magistrado de primeiro grau, de fato não restaram atendidos os requisitos legais para contratação direta.

É que, consoante expressa disposição do normativo legal que alberga a hipótese de contratação direta em razão da existência de representante comercial exclusivo, **é vedada a preferência por marca.**

In casu, a contratação fundamentou-se tão somente na existência de representante exclusivo da enciclopédia Barsa, delimitando, pois, de modo absolutamente indevido, o objeto da contratação e ignorando a farta oferta de outras obras com igual ou semelhante conceito no mercado editorial e didático.

Iniludível, pois, que não se fazia presente requisito indispensável a legitimar a contratação direta.

Evidenciando a irregularidade do procedimento de aquisição, colhe-se do depoimento de Sandra Feitosa de Souza, à época gerente de apoio, controle e avaliação (GACA/SEDUC) – órgão responsável pelo apoio logístico às unidades educacionais –, que não se observou, na compra das enciclopédias Barsa, o trâmite corriqueiro, pois, como era

de praxe, o processo não foi submetido à avaliação da unidade, bem como que, à época, haviam outras enciclopédias que poderiam suprir a necessidade da Administração, a exemplo da Mirador, Britânica e Larousse.

Afirma, ainda, Sandra Feitosa de Souza, *verbis*:

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 (id. 7007583, fls. 01).

Certo, pois, que a aquisição direta da enciclopédia seguiu procedimento atípico e com mancha de irregularidades, realidade assentada, também, pela própria Procuradoria do Estado que, em parecer jurídico, destaca a necessidade de se assegurar que inexistiam, no mercado, obras similares que pudessem atender, de igual modo, a finalidade pública.

No mesmo sentido, a Controladoria Geral do Estado aponta que, a despeito das orientações da Procuradoria do Estado, foi ignorada a exigência de carta de exclusividade, desnudando, pois, mais uma irregularidade no procedimento de aquisição (id. 7007776, fls. 07).

Certo é que nenhuma das cautelas indispensáveis à aquisição direta foi observada pela apelada que, sem qualquer pesquisa de preços ou consulta aos demais fornecedores, tratou de forma direta da contratação, solicitando diretamente proposta de preços à Barsa, com informação de quantitativos e objeto, antes mesmo da inauguração do procedimento de compra, evidenciando, pois, prévio ajuste para direcionar a aquisição (conforme ofício id. 7007859, fls. 02).

E a decisão de, por vultosa quantia, adquirir os materiais, frise-se, sequer decorreu de demanda do corpo docente ou necessidade aferida por órgãos técnicos, pois exclusivamente submetida ao talante da então secretária, ora apelante.

Nesse sentido, elucidativa a declaração de Milva Garbellini e Silva, então subgerente de sentido fundamental da Secretaria de Educação, *verbis*:

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. (id. 7007757, fls. 06).

Não bastasse o direcionamento da aquisição e a indevida compra direta, extrai-se do processo, que sequer foi aquilatado o quantitativo e adequação da despesa, realidade que se infere de inspeção realizada pelo corpo técnico do Tribunal de Contas no CEEJA Marechal Rondon, no Município de Presidente Médici que, em seu relatório, apontou, *verbis*:

[...] 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. 7008019, fls. 01).

E a Corte de Contas, no processo de tomada de contas especial nº 4125/2011, é assertiva ao apontar que inexistiu justificção para o número de exemplares adquiridos, não se tendo observado a necessidade, adequação ou razoabilidade, evidenciando, pois, absoluta falta de critério ou planejamento (id. 7008020, fls. 01/05).

Reforçando o completo descalabro administrativo e absoluta falta de planejamento, constatou a Corte de Contas que, após a aquisição, ficaram armazenadas, 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.

Não bastasse, em que pese se ter adquirido 9.531 enciclopédias, a comissão de tomada de contas constatou que foram comprovadamente distribuídas apenas 7.494, revelando, assim, diferença de 1.679 unidades perdidas ou, mais grave, intencionalmente extraviadas (id. 7008020, fls. 01/05).

E, a despeito do argumento defensivo de ter ocorrido deficiente apuração pelos técnicos do Tribunal de Contas, certo é que a irregularidade da aquisição direta é inegável, bem como, seja por desordem administrativa ou mesmo prática criminosa, não se sabe, ao certo, o destino do enorme número de unidades da enciclopédia adquirido, realidade que desnuda, também, deficiente fiscalização do gasto público feito pela secretaria de educação, então titularizada pela apelante e, por consequência, palmar dano ao erário.

Nesse contexto, considerando o coeso e robusto conjunto probatório amealhado, **nego provimento** ao recurso de Marli Fernandes de Oliveira Cahulla, pois, de fato, fartamente comprovado dano ao erário.

II – Do Recurso do Ministério Público

Bate-se o *Parquet* pela quantificação imediata da sanção de ressarcimento ao erário, considerando, para tanto, o valor total da aquisição das enciclopédias ou, de forma subsidiária, de acordo com os elementos trazidos à colação.

Sem razão, pois, em que pese, na situação apurada, ser o dano ao erário subjacente à conduta, certo é que as enciclopédias, ao menos em parte, foram recebidas e que não há efetiva demonstração de superfaturamento de preços, não se podendo, pois, para evitar enriquecimento sem causa da Administração Pública, impor, a título de ressarcimento ao erário, o valor total da contratação (nesse sentido: STJ – AgRg no REsp nº 1.288.585, Rel. Min. Olindo Menezes, j. 09.03.2016).

De igual modo, considerando que, de fato, a quantificação do valor do dano causado ao erário depende de apuração dos materiais desvirtuados ou despiciendos, impõe-se, nos termos do artigo 509 do Código de Processo Civil, seja apurado em sítio de liquidação de sentença.

Nesse contexto, **nego provimento**, também, ao recurso do Ministério Público.

Sem honorários.
É como voto.

EMENTA

Apelação. Improbidade administrativa. Inadequação da via eleita. Ressarcimento ao erário.

1. São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.
2. Admitida ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o posterior reconhecimento da prescrição da ação quanto ao pedido condenatório não impede o prosseguimento da demanda no que respeita ao pedido de reparação de danos.
3. As hipóteses de inexigibilidade de licitação decorrem da impossibilidade fática ou jurídica de realização do procedimento licitatório – regra na Administração Pública – carecendo, por isso, de evidência concreta da inviabilidade de competição.
4. Na hipótese de contratação direta em razão da existência de representante comercial exclusivo é vedada a preferência por marca.

5. A contratação direta fora das hipóteses legais evidencia ato ímprobo e ocorrência de dano *in re ipsa*, impondo, pois, ressarcimento ao erário.
6. Em que pese a irregularidade na aquisição direta, evidenciado que o objeto foi, ainda que em parte, recebido, e inexistindo efetiva demonstração de superfaturamento de preços, não se pode, para evitar enriquecimento sem causa da Administração Pública, impor, a título de ressarcimento ao erário, o valor total da contratação.
7. Dependendo de apuração a quantificação do valor do dano causado ao erário, impõe-se, nos termos do art. 509 do CPC, seja apurado em sítio de liquidação de sentença.
8. Apelos não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Magistrados da 1ª Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, em, REJEITADA A PRELIMINAR. NO MÉRITO, NEGOU-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS, ? UNANIMIDADE

Porto Velho, 11 de Fevereiro de 2021

Desembargador(a) GILBERTO BARBOSA

RELATOR

Assinado eletronicamente por: **GILBERTO BARBOSA**

25/02/2021 23:19:01

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

ID do documento: **11381698**



21022523190079800000011327681

IMPRIMIR

GERAR PDF