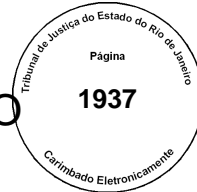


PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



PROCESSO nº 0090698-64.2011.8.19.0001

A1: MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A2: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

R1: ROSÂNGELA ROSINHA GAROTINHO BARROS ASSED MATHEUS DE OLIVEIRA

R2: CLÁUDIO ROBERTO MENDONÇA SCHIPHORST

R3: MARCO ANTONIO FRANÇA FARIA

R4: FUNDAÇÃO JOSÉ PELÚCIO FERREIRA

SENTENÇA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de **ROSÂNGELA ROSINHA GAROTINHO BARROS ASSED MATHEUS DE OLIVEIRA, CLÁUDIO ROBERTO MENDONÇA SCHIPHORST, MARCO ANTONIO FRANÇA FARIA e FUNDAÇÃO JOSÉ PELUCIO FERREIRA**, impugnando “a contratação pela Secretaria Estadual de Educação, com dispensa de licitação, da Fundação José Pelúcio Ferreira, para a realização dos exames supletivos do ano de 2005, pelo prazo de cinco meses, com valor global de R\$3.982.000,00”. A contratação foi precedida do processo administrativo nº E-0318209/2005, tendo sido declarada a dispensa do procedimento licitatório, com fulcro no artigo 24, inciso XIII da Lei 8666/93. Segundo o autor, “a Coordenação de Ensino de Jovens e Adultos (f1.06 do Anexo I) da SEE afirmou a necessidade da alocação de verbas para a realização dos Exames Supletivos de 2005, considerando o quantitativo mínimo de 140.000 e o máximo de 180.000 inscritos e manifestou-se no sentido de que a melhor forma de atender a tal demanda seria a descentralização dos exames, que ficariam a cargo dos Centros de Estudos Supletivos mas que, para tanto, seria necessária a reformulação dos CES, o que não havia ocorrido até aquele momento, motivo pelo qual requereu a contratação de instituição de nível superior para a realização dos Exames”. Teriam sido consultadas as Fundações CESGRANRIO, José Pelúcio Ferreira, João Goulart, Euclides da Cunha e Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (fls. 07 do Anexo I), com expressa menção ao quantitativo mínimo de 140.000 candidatos inscritos. A Subsecretaria Adjunta de Planejamento Pedagógico fundamentou a contratação no artigo 24, inciso XIII da Lei 8666/93 e justificou a escolha da Fundação José

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



Pelúcio Ferreira com base no Plano de Trabalho elaborado e menor preço apresentado (fls. 07 do Anexo I), tendo a Procuradoria consignado a ausência de especificação e individualização do objeto contratado e a falta de previsão, na proposta da Fundação José Pelúcio Ferreira, de custo inferior ao número previsto de candidatos ou de custo adicional ao acréscimo no quantitativo de candidatos. A licitação foi dispensada e autorizada a despesa pela Superintendente de Administração e Finanças, ordenadora de despesas, Sra. Maria Thereza Lopes Leite (fls. 77 do Anexo I), tendo sido o ato de dispensa ratificado pelo então Secretário Estadual de Educação, Sr. Cláudio Mendonça. Outrossim, a contratação foi autorizada pela então Governadora Rosinha Garotinho, em 10.01.2006, conforme se depreende de fls. 95 do Anexo I – contrato nº 31/2005.

Dentre as irregularidades apuradas, a parte autora aponta a ausência dos requisitos previstos no art. 24, XIII da Lei nº 8666/93 para a dispensa de licitação, com destaque para (i) a falta de motivação do ato, (ii) a insuficiência de recursos humanos a afastar a configuração da inquestionável reputação ético-profissional da contratada, (iii) a ausência de projeto básico, e (iv) a ausência de proposta detalhada de preços (planilha orçamentária).

Requer, liminarmente, a decretação da indisponibilidade dos bens dos três primeiros réus e, ao final, a declaração de nulidade do contrato e a imposição das sanções do art. 12, incisos II e III da Lei nº 8429/92 aos três primeiros demandados.

Manifestação do **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** aderindo ao polo ativo da relação processual (fls. 63 – pdf 66).

Defesas preliminares oferecidas pela primeira e pelo segundo réu às fls. 76/128 (pdf 83) e 184/255, respectivamente.

Recebimento da inicial às fls. 375/377.

Comunicação da interposição de agravo de instrumento pela primeira ré às fls. 394/423.

Em sede de contestação (fls. 458/537), a primeira ré suscita a incompetência absoluta deste juízo fazendário, a inadequação da via eleita em face da inaplicabilidade da Lei de Improbidade administrativa aos agentes políticos, a sua ilegitimidade passiva, a ilegitimidade ativa do MP, o não cabimento de formulação de pedido de nulidade de atos ou contratos em sede de ação de improbidade administrativa e a nulidade ínsita à falta de oitiva da primeira ré no procedimento administrativo que antecedeu a presente

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



demanda. No mérito, afirma a impossibilidade de o Poder Judiciário rever ato da competência exclusiva da Assembleia Legislativa, a ausência de comprovação de lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, a efetiva prestação dos serviços, a impossibilidade de devolução dos valores pagos, a circunstância de se fundar a contratação impugnada em pareceres favoráveis dos entes competentes, o preenchimento dos requisitos do art. 24, inciso XIII da Lei 8666/93, o fato de já ter sido a ré Fundação José Pelúcio inúmeras vezes contratada sem licitação – inclusive pelo próprio autor –, a existência de devida motivação do ato e a inexistência de exigência contratual da prestação dos serviços por funcionários celetistas do quadro permanente da Fundação. Salienta, ademais, as inúmeras contratações feitas pelo Ministério Público em favor da Fundação José Pelúcio Ferreira com dispensa de licitação, a delegação de atribuições a afastar a responsabilidade subjetiva, a possibilidade de terceirização de atividades que não sejam de poder de império e se caracterizem como atividade-meio, a licitude da contratação de serviço temporário, a inexistência de culpa ou dolo, a não configuração do ato de improbidade e a ausência de prejuízo. Finalmente, invoca o princípio da proporcionalidade para refutar o pleito de decretação de indisponibilidade de bens e pugnar pelo acolhimento da preliminares e improcedência dos pedidos.

Acompanham a peça de bloqueio os documentos de fls. 538/576.

Já o segundo réu, na resposta de fls. 583/683, aduz preliminar de litisconsórcio passivo necessário. Repisa, outrossim, a arguição de prescrição no que tange às pretensões de anulação do contrato em tela e ressarcimento do erário, a suposta inaplicabilidade da LIA a agentes políticos, a ilegitimidade ativa do *Parquet* para pleitear ressarcimento ao erário e a inadequação da ação civil pública para obter anulação de ato lesivo ao patrimônio público. No mérito, afirma a existência de motivação do ato de dispensa, contesta a alegação de falta de detalhamento da proposta, projeto básico e discriminação de valores componentes do preço, assevera que “a Fundação José Pelúcio já havia realizado o mesmo serviço para SEE em anos anteriores e as contratações foram aprovadas pelo TCE” e reafirma a reputação ético profissional e estrutura própria da fundação contratada. Enfatiza a circunstância de a Fundação José Pelúcio já ter celebrado inúmeras avenças análogas com diversos entes e órgãos públicos, inclusive a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro em 2005/2008, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 2003/2004 e o próprio Ministério Público no período de 2003 a 2006. Argumenta que a presente contratação não se equipara a subcontratação, mas mera contratação de pessoas por tempo determinado. Rechaça a configuração de ato de improbidade, face à ausência do elemento subjetivo da conduta e à inexistência de efetiva lesão financeira. Requer, enfim, o acolhimento das preliminares e a improcedência dos pedidos.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



A contestação é instruída com os documentos de fls. 684/728.

Juntada de documentos pelo segundo réu às fls. 731/860 e 863/1537.

Decisão de saneamento do processo às fls. 1601/1603, pela qual este juízo decreta a revelia dos terceiro e quarto réus, rejeita as preliminares, resolve questões processuais pendente, fixa os pontos controvertidos da causa e delimita a atividade probatória.

Agravos retidos interpostos pelo segundo e pela primeira ré às fls. 1623/1634 e 1644/1669, respectivamente.

Determinação de expedição de ofício ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ), solicitando o envio de cópia integral dos autos da TOMADA DE CONTAS ESPECIAL instaurada em conformidade com a deliberação exarada nos autos do proc. TCE nº 100.801-7/06 (fls. 1717/1718).

Em alegações finais, o MINISTÉRIO PÚBLICO pugna pela procedência dos pedidos (fls. 1854/1879), enquanto o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ROSINHA GAROTINHO BARROS ASSED MATHEUS DE OLIVEIRA e CLÁUDIO ROBERTO MENDONÇA SCHIPHORST manifestam-se pela improcedência da pretensão deduzida na inicial (fls. 1881/1884, 1784/1852 e 1886/1932, respectivamente).

Relatados, DECIDO.

FUNDAMENTAÇÃO

A maior parte das preliminares já foi apreciada e rejeitada pelas decisões de fls. 375/377 e 1601/1603, a cujos fundamentos ora me reporto.

Como questões processuais pendentes, restam apenas as alegações de (i) não cabimento de formulação de pedido de nulidade de atos ou contratos em sede de ação de improbidade administrativa e (ii) nulidade ínsita à falta de oitiva dos investigados no procedimento administrativo que antecedeu a deflagração da presente demanda.

Não assiste razão às diligentes defesas técnicas.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



Quanto à preliminar de nulidade do inquérito civil que instrui a inicial, por suposta ofensa à garantia do contraditório, é mister consignar o caráter eminentemente inquisitivo do inquérito civil público, procedimento administrativo cujo único escopo é a obtenção de elementos informativos capazes de subsidiar o ajuizamento de ação civil pública. Assim, como peça meramente informativa, o inquérito civil não tem o condão de ensejar a aplicação de sanção ou outro provimento que atinja diretamente a esfera jurídica do investigado. Por isso mesmo, não constitui exatamente um **processo** administrativo, mas mero **procedimento**, cujo presidente não se vê jungido à observância de uma dialeticidade: se não há acusação, descabe falar em defesa ou contraditório.

Assim se pronunciou, no âmbito do STJ, o Eminentíssimo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, por ocasião do julgamento do AResp nº 042.551:

“(…) Não vejo como prosperar a irrisignação da insurgência no que concerne à imprestabilidade das provas colhidas pelo *parquet* através do inquérito civil público, vez que padecem do vício de parcialidade, porquanto **é comezinho em direito o caráter inquisitivo (informativo) do inquérito civil (formador da *opinio actio* do ministério público), não compreendendo o contraditório, e, como ato de investigação, não exigindo defesa.**” (AREsp nº 042.551, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, publicação em 16/12/2011 – grifo nosso)

Destarte, é absolutamente pacífica a orientação segundo a qual eventuais vícios apurados nessa fase pré-processual não contaminam a ulterior ação de improbidade administrativa. Confira-se o seguinte aresto do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. (...) **INQUÉRITO CIVIL. O inquérito civil instaurado pelo Ministério Público constitui procedimento inquisitorial de cunho informativo, não albergado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, por faltar-lhe a dialeticidade inerente às esferas administrativa e judicial.** Precedentes do STJ e desta Corte. **Eventuais vícios naquela fase pré-processual não contaminam a ação civil pública.** (...) AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 0330083-62.2013.8.21.7000, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Almir Porto da Rocha Filho, julgamento em 20.11.2013 – grifo nosso)

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



Tampouco prospera a alegação de inadequação da ação civil pública para veicular pretensão de ressarcimento do erário ou declaração de nulidade de atos e contratos da Administração Pública. Conforme o magistério doutrinário e jurisprudencial, afigura-se perfeitamente viável a cumulação de pedidos no âmbito da ação civil pública, desde que observadas as regras para a cumulação previstas no Código de Processo Civil (art. 292 do CPC/1973 e art. 327 do CPC/2015), cuja aplicação subsidiária é expressamente estabelecida no art. 19 da Lei nº 7347/85. Nesse sentido, leciona JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

"Tendo em vista que a **ação civil pública** admite objeto de **conteúdo condenatório** (e mandamental) e **constitutivo**, **será plenamente viável a cumulação de pedidos**, desde que observadas, é claro, as condições estabelecidas na lei processual geral. **Nenhum problema haverá, no entanto, em relação ao procedimento, já que este será sempre o mesmo para todos os pedidos.**

É legítima, por exemplo, a cumulação de pedidos condenatório e mandamental: sendo acolhidos, o juiz condenará o réu a uma indenização em dinheiro e também ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. **Poderão, da mesma forma, ser cumulados pedidos constitutivo e mandamental; nesta hipótese, o autor pretende que a sentença anule certo ato e também que obrigue o réu ao cumprimento de obrigação positiva ou negativa. E poderá, inclusive, haver cumulação triplíce: o autor pede que o juiz condene o réu a pagar indenização, que faça ou deixe de fazer alguma coisa, e que seja anulado certo ato.**" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004, pp. 93-94)

O exame dos pressupostos estabelecidos na lei processual para a cumulação de pedidos afasta qualquer dúvida sobre a questão. Assim dispõe o art. 327 do CPC/2015, que reproduz a redação do art. 292 do CPC/1973:

"Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que:

I - os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, **será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum**, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum."

Especificamente no tocante à ação civil pública por ato de **improbidade administrativa**, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



assentar a plena possibilidade de cumulação das pretensões condenatória, declaratória e desconstitutiva (anulação de atos e contratos), **“já que a o art. 17, caput, da Lei de Improbidade Administrativa dispõe que o rito a ser adotado para as ações fundamentadas nesse diploma será o ordinário”** (REsp nº 547.780/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 20/02/2006). Eis a ementa do julgado:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DANO AO ERÁRIO. CABIMENTO. **CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. POSSIBILIDADE. ARTS. 292 DO CPC. 19 DA LEI Nº 7.347/85 E 83 DA LEI Nº 8.078/90.** 1. A Constituição Federal, no art. 129, inciso III, considerou o patrimônio público como um interesse difuso. A Lei da Ação Civil Pública, ao tutelar outros interesses difusos e coletivos aí inclui o patrimônio público. Precedentes. 2. **A Lei nº 7.347/85 – LACP – prevê a utilização subsidiária do Estatuto de Ritos, autorizando vários tipos de provimentos jurisdicionais para a defesa dos interesses difusos e coletivos, que devem ser estendidos às situações descritas no art. 3º da LACP.** 3. **Admite-se a cumulação de pedidos em ação civil pública, desde que observadas as regras para a cumulação previstas no art. 292 do CPC.** O art. 21 da Lei nº 7.347/85 remete-se à regra do art. 83 do CDC que autoriza a obtenção de **provimento jurisdicional de qualquer natureza: condenatório, mandamental, declaratório ou constitutivo.** (...) 5. Recurso especial improvido.” (REsp nº 547.780/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 20/02/2006 – grifo nosso)

Ao adentrar o mérito, cumpre rejeitar, igualmente, a arguição de prescrição.

Quanto ao alegado transcurso do prazo prescricional (*rectius*: decadencial) para a anulação da contratação direta em testilha, impende lembrar que o **Plenário do Supremo Tribunal Federal** já teve a oportunidade de assentar que situações de ofensa direta à Constituição – como provimento de cargo sem concurso público ou contratação sem a devida licitação – **“não podem e não devem ser superadas pelo eventual reconhecimento da prescrição ou decadência, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal”** (MS nº 28.279/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe 28/04/2010). Por sua vez, o **Superior Tribunal de Justiça** já endossou tal entendimento em casos de nulidade derivada de contratação por ofensa direta à própria Constituição da República – por ausência de licitação. Aquela Corte Superior concluiu pela imprescritibilidade da demanda, haja vista que a situação de inconstitucionalidade, em regra, não se convalida no tempo. Veja-se:

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. ATOS ADMINISTRATIVOS NULOS. **DECRETAÇÃO DE NULIDADE EM FACE DA CF/88. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.** (...) 2. **A jurisprudência do STJ já reconheceu a imprescritibilidade das ações que visam a declaração de nulidade de ato por falta de licitação, razão pela qual deve subsistir o acórdão impugnado ao afastar a prescrição da pretensão do Ministério Público, autor da ação e ora agravado.** Precedentes. (...) 6. Vale destacar, ainda, que, mais recentemente, a Primeira Seção apontou pela nulidade absoluta do ato administrativo que prorrogou contrato sem a necessária licitação e pela impossibilidade de tal vício ser convalidado pela execução do ajuste nos EREsp 1.079.126/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 13/12/2010, DJe 6/5/2011. 7. Nesse mesmo precedente, não obstante alguns entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre a imprescritibilidade da pretensão de se atacar ato inquinado de vício de inconstitucionalidade em ação civil pública em que se pede ou se deixa de pedir ressarcimento ao erário, fato é que o mesmo órgão fracionário concluiu que a nulidade se perpetua durante toda a vigência do contrato e ‘somente cessa por ocasião do término da vigência contratual’, razão pela qual ‘o termo inicial da prescrição de nulidade do referido ato ocorre com o encerramento do último contrato’. 8. No caso dos autos, ainda que se acolha como prescritível o ato administrativo, o tempo contratual ainda não havia se encerrado quando foi ajuizada a ação (2000). 9. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 91.443/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 2/8/2012, DJe 09/08/2012 – grifo nosso)

Por outro lado, conforme se depreende da própria ementa transcrita, ainda que admitida a prescrição ou a decadência da pretensão anulatória fundada em ofensa direta à Constituição, o termo inicial do prazo estabelecido no art. 21 da Lei nº 4717/65 não seria a data da publicação do ato de dispensa ou do contrato, como quer o segundo réu. De acordo com a iterativa jurisprudência do STJ, o **marco inicial** para o ajuizamento da ação civil pública que objetiva anular contrato administrativo seria a **data do término do vínculo contratual**, haja vista que as consequências e resultados da contratação sucedem durante toda a avença, protraindo-se no tempo (nesse sentido: AgRg no AREsp 356.153/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/8/2014; EREsp 1.188.608/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 6.9.2011; EREsp 1.079.126/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 6.5.2011; REsp 1.150.639/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8.10.2010; AgRg no REsp 1.067.902/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 3.9.2010). Vale transcrever o seguinte aresto:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. (...) **PRESCRIÇÃO. ANULAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO. TERMO A QUO. TÉRMINO DO VÍNCULO CONTRATUAL.** PRECEDENTES. (...) 3. **De acordo com a jurisprudência do STJ, o termo inicial para o ajuizamento da ação civil pública que objetiva anular**

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



contrato administrativo de concessão de serviço público é a data do término do vínculo contratual, haja vista que as consequências e resultados da contratação sucedem durante toda a avença, protraindo-se no tempo. 4. Afastada a prescrição, devem os autos retornar ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no exame da lide como entender de direito. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1379155/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015)

Destarte, por uma via ou por outra, seja em razão da imprescritibilidade ou da falta de demonstração do transcurso de um quinquênio entre o **término do vínculo contratual** e a distribuição da presente demanda – em 28/03/2011 –, não há falar em prescrição ou decadência no que tange à pretensão de pronúncia da invalidade da avença em tela.

Em relação ao ressarcimento do suposto dano ao erário, assim como à imposição das demais sanções cominadas no art. 12, incisos II e III da Lei nº 8429/92, o regramento da prescrição é aquele constante do art. 23, inciso I da LIA, que estabelece como termo inicial do prazo prescricional de 5 anos “**o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança**”. E nada há nos autos a indicar que a primeira ou o segundo réus deixaram os respectivos cargos de Governadora e Secretário de Estado de Educação mais de 5 anos antes do ajuizamento desta ação civil pública, em 23/08/2011.

No ponto, é importante notar que, não tendo havido o transcurso do lapso prescricional previsto na lei, sequer se revela pertinente a discussão acerca da (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento do erário. Por isso mesmo, a recente decisão prolatada pelo STF no sentido da suspensão em todo território nacional do processamento das demandas pendentes que tratem da questão da “*prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa*” (RE nº 852.475/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 16/09/2016) não tem aplicabilidade na espécie.

Passo a enfrentar os pontos controvertidos fixados por este juízo às fls. 1602: (i) **a adequação do ato de dispensa de licitação aos parâmetros constitucionais e legais**; (ii) **na hipótese de entender-se pela ausência de adequação, definir se a conduta praticada caracteriza ato de improbidade administrativa e se houve dano ao erário**.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



Em primeiro lugar, tenho que a ilegalidade do ajuste discutido na causa ficou bem evidenciada. A par de uma série de irregularidades – eventualmente passíveis de saneamento – apontadas pela Corte de Contas fluminense, como a falta/insuficiência de motivação do ato e a ausência de projeto básico ou proposta detalhada de preços (planilha orçamentária), a parte autora logrou demonstrar pelo menos uma circunstância capaz de conduzir à nulidade da avença.

Com efeito, tornou-se incontroverso que a quarta ré – FUNDAÇÃO JOSÉ PELÚCIO FERREIRA – sequer possuía em seus quadros recursos humanos suficientes à implementação do objeto pactuado – vale dizer, realização dos exames supletivos de 2005 em nível de ensino fundamental e em nível de ensino médio. Com apenas 27 (vinte e sete) funcionários celetistas, a instituição teve que recorrer à alocação de servidores integrantes do quadro efetivo da UFRJ para a prestação do serviço em apreço.

A toda evidência, a constatação da impossibilidade física e quantitativa da contratada para a execução da avença por meios próprios, além de **afastar sua “inquestionável reputação ético-profissional”**, tem o condão de transmutar o ajuste em mero instrumento de **intermediação ilícita de mão-de-obra**.

No que concerne à reputação ético-profissional da instituição, MARÇAL JUSTEN FILHO leciona que **“deve ser inquestionável a capacitação para o desempenho da atividade objetivada”** (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 253). Por óbvio, se a entidade contratada não dispõe de estrutura própria para satisfazer a necessidade estatal e, por isso mesmo, precisa recrutar pessoal especificamente para o projeto que lhe foi outorgado, torna-se patente a assunção da posição de mera intermediária na admissão (temporária ou perene) de mão-de-obra. Vale recorrer mais uma vez ao magistério do renomado publicista citado, em passagem destinada exatamente ao permissivo legal manejado pelos réus (art. 24, inciso XIII da Lei nº 8666/93):

“A vedação à intermediação

Por certo, não se admite que o inc. XIII seja utilizado para **contratações meramente instrumentais**, nas quais a instituição empresta seu nome para a Administração obter certas utilidades, sem necessidade de licitação. **A constatação de que a estrutura própria da instituição é insuficiente para gerar a prestação adequada a satisfazer a necessidade estatal inviabiliza a aplicação do dispositivo.** (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 255 – grifo nosso)

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



Por outro lado, afasta-se o pressuposto da singularidade, que justificaria a contratação direta da FUNDAÇÃO JOSÉ PELÚCIO FERREIRA, ante a constatação de que o objeto conveniado – verdadeira terceirização de mão-de-obra – poderia ser executado por inúmeras outras entidades, selecionadas mediante certame licitatório. Cogitar-se-ia, até mesmo, da celebração de convênio diretamente com a UFRJ, autarquia federal de cujo quadro efetivo a contratada se socorreu para a implementação do projeto.

Mesmo que se admita como verdadeira a assertiva da primeira ré no sentido da caracterização do objeto pactuado como uma “*atividade-meio*” ou um “*serviço temporário*”, ainda assim não se teria por lícito o ajuste em tela. Nesse caso, caberia à Administração a contratação temporária de servidores, mediante procedimento seletivo e sem intermediários (art. 37, IX da CRFB), ou a instauração de processo licitatório para a terceirização da sua “*atividade-meio*”. Por uma via ou por outra, é forçoso reconhecer a ilicitude e, por conseguinte, a nulidade da contratação direta.

Entretanto, a constatação da ilegalidade não conduz automaticamente ao reconhecimento do ato de improbidade imputado na peça vestibular.

Nesse ponto, é importante registrar, na linha dos ensinamentos doutrinários sedimentados na matéria, a necessária distinção entre improbidade administrativa e ilegalidade. Nesse sentido, pontua ARNALDO RIZZARDO:

"Não se confunde improbidade com a mera ilegalidade, ou com uma conduta que não segue os ditames do direito positivo. Assim fosse, a quase totalidade das irregularidades administrativas implicariam violação ao princípio da legalidade. (...) É necessário que venha **um nível de gravidade maior, que se revela no ferimento de certos princípios e deveres, que sobressaem pela importância frente a outros, como se aproveitar da função ou do patrimônio público para obter vantagem pessoal, ou favorecer alguém, ou desprestigiar valores soberanos da Administração Pública**" (RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 350 – grifo nosso)

Para FRANCISCO OTÁVIO DE ALMEIDA PRADO, "***a improbidade pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória***" (PRADO, Francisco

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



Otávio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37 – grifo nosso).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem preconizado que a exegese da Lei 8429/92, “***considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa pode acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu*” (REsp nº 1.103.633/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 03/08/2010 – grifo nosso).**

E esse desvio ético de acentuada reprovabilidade, consubstanciado no dolo genérico ou ao menos em culpa grave, não ficou bem delineado na espécie. Sobretudo quando se tem em mente que contratos, convênios e ajustes como o ora impugnado, frutos de uma interpretação ampliativa e equivocada do art. 25 e principalmente do art. 24, XIII da Lei 8666/93, constituíram, em passado recente, a tônica no serviço público estadual e municipal, verdadeira “*política de governo*”, contando com pareceres favoráveis das mais diversas assessorias jurídicas que atuam junto ao corpo diretivo das instituições contratantes, sem falar nos arquivamentos dos atos de contratação (protocolo, convênio, etc) pelas Cortes de Contas do Estado e do Município, em um primeiro momento.

O intuito velado de lesar o erário ou ofender princípios administrativos, sob dolo genérico ou culpa grave, certamente não se apresentava, especialmente tendo-se em conta que o próprio Ministério Público Estadual - MPERJ, além deste Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ, dentre tantas instituições de notável esteio jurídico, estabeleceram esse tipo de contratação, após tramitação de procedimentos administrativos e pareceres jurídicos em abono dos ajustes, com inúmeras entidades, algumas das quais chegaram inclusive a se notabilizar – é o caso do NUSEG/UERJ e da própria FUNDAÇÃO JOSÉ PELÚCIO FERREIRA, a quarta ré neste processo.

A propósito, as combativas defesas colacionam inúmeras contratações diretas, mediante dispensa de licitação fundada no art. 24, XIII da Lei nº 8666/93, efetivadas pelo TJRJ e pelo MPERJ (cf. fls. 731/860 e 863/1537), em períodos bem próximos da avença ora vergastada, em favor de diversas instituições, inclusive a FUNDAÇÃO JOSÉ PELÚCIO FERREIRA.

Diante das iterativas contratações do NUSEG, como forma de admissão de mão-de-obra por interposta pessoa, sem concurso ou licitação, o TJRJ já teve a oportunidade de pontuar que “***a celebração dos atos que se quer, por ora,***

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



impugnar, constituiu política de governo, chancelada por pareceres da Procuradoria do Estado e pelo beneplácito de várias instituições públicas, dentre as quais o próprio Ministério Público (fls. 628/630), e este Tribunal de Justiça, no âmbito de suas Varas privativas dos executivos fiscais; a este fato se adicione o pacto de Termo de Ajustamento de Conduta para o fim da prática na esfera das instituições estaduais, na linha da atuação da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e da Cidadania, o que reforça a ausência dos requisitos indispensáveis ao prosseguimento do presente feito (0040374-12.2007.8.19.0001 – APELAÇÃO, DES. DENISE LEVY TREDLER - Julgamento: 09/11/2010 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL).

Mais recentemente, o Tribunal de Justiça fluminense reiterou esse entendimento:

"Ementa. Apelação cível. Ação de improbidade administrativa. Imputação de atos tipificados no art. 10, incisos V, VII e VIII e 11, incisos I, II e V, da Lei 8.429/92. Ministério Público que acusa a existência de esquema ilícito de **agenciamento de mão de obra em órgãos públicos, mediante a contratação de entidade com dispensa indevida de licitação e para prestação de serviços que seriam próprios de servidores concursados.** (...) Mérito. **Convênios e contratos celebrados pelo NUSEG que traduziram uma política de governo chancelada por diversos órgãos públicos, inclusive o Ministério Público e o próprio Tribunal de Justiça.** (...) Improbidade administrativa. Conduta que pressupõe dolo (art. 9º e 11) ou, no mínimo, culpa grave (art. 10). Precedentes do STJ (REsp 1416313/MT, DJe 12/12/2013). Celebração de termo de ajustamento de conduta pelo *Parquet*. **Reconhecimento de que a mera celebração dos contratos ou convênios, sem qualquer particularidade que evidencie um desvio mais grave (como corrupção ou favorecimento), apesar de consistir uma nulidade, não traduz por si só um ato de improbidade, que deve ser sempre qualificado pela prova inequívoca do elemento volitivo do agente: a má-fé, desonestidade ou culpa grave.** Precedentes (REsp 734.984/SP, DJ 16.06.2008). Recurso do IPEM conhecido e provido em parte. Demais recursos conhecidos e desprovidos." (APELAÇÃO CÍVEL nº 0040412-24.2007.8.19.0001 - 12ª Câmara Cível Julgamento em 05.08.2014 - Rel. Mario Guimarães Neto – grifo nosso)

Na hipótese vertente, da mesma forma, inexistente comprovação de ***“particularidade que evidencie um desvio mais grave (como corrupção ou favorecimento)”***, estando os agentes públicos, ao firmarem o ajuste impugnado, igualmente secundados por pareceres de órgãos jurídicos. Nesse cenário, à míngua de elementos capazes de elidir a boa-fé e a confiança legítima dos agentes públicos, quando da celebração de pactos que lamentavelmente se disseminaram pela Administração com o beneplácito das respectivas Procuradorias e até certo ponto das Cortes de Contas, não há como apontar ***“má-fé, desonestidade ou culpa grave”***. E, por isso mesmo, não se tem por configurada a improbidade administrativa.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



São extremamente pertinentes as considerações do então Juiz de Direito – hoje Desembargador – EDUARDO GUSMÃO ALVEZ DE BRITO NETO acerca do enquadramento das sucessivas contratações da espécie no conceito de improbidade administrativa:

“O que se concebeu no âmbito do Estado foi, claramente, um instrumento para contornar a necessidade de concurso público, utilizando-se da UERJ para o preenchimento de cargos ou funções as mais diversas, sem qualquer vínculo com sua função original, de pesquisa e fomento de estudos, projetos e pesquisas aplicadas ao aprimoramento da administração fazendária, inconfundível com a contratação da mais variada sorte de pessoal, segundo a narrativa da vestibular, tudo sem concurso ou critério objetivo que não, e aí o estupor, a indicação freqüente do próprio órgão interessado em receber o servidor. Sem maiores delongas que não a subscrição da inicial, portanto, adiro inteiramente ao ponto de vista de que **os diversos convênios, inclusive aqueles abrangidos pelo pedido, são efetivamente nulos**. A dificuldade que surge, portanto, não está propriamente na higidez material dos convênios, mas na conclusão de que de sua nulidade resulta de forma automática ato de improbidade pelo qual devem a Reitora da UERJ e os diretores do NUSEG ser punidos, quando não tem sido este o entendimento da jurisprudência, para a qual o objetivo da ‘Lei de Improbidade Administrativa é punir o administrador público desonesto, não o inábil.’ (Resp.734984, Relator Ministro Luiz Fux). Com efeito, segundo destacam os dois réus remanescentes, **a celebração dos convênios, nula ou válida, constituiu política de governo, chancelada por pareceres da Procuradoria do Estado e pelo beneplácito de várias instituições públicas que receberam os servidores de forma irregular**. Assim, por exemplo, o próprio Ministério Público, conforme se percebe do protocolo de intenções de fls. 628/630, o que aconteceu também com o próprio Tribunal Regional Eleitoral, citado às fls. 32 da vestibular a propósito de semelhante contratação envolvendo pessoas em diversos setores da Administração. Por fim, há notícias nos autos de que a utilização da Nuseg foi também utilizada pelo próprio Tribunal de Justiça como instrumento para preencher as funções necessárias ao bom desempenho das varas privativas dos executivos fiscais. **A dimensão da irregularidade é de tal magnitude que, das duas uma: ou se imputa a prática de improbidade administrativa a quase todos os agentes políticos em exercício na época, da Presidência do Tribunal de Justiça à Procuradoria-Geral de Justiça, passando pela própria Procuradoria-Geral do Estado, ou se reconhece a presunção de boa-fé nascida da adesão coletiva a estes mecanismos, na linha do brocardo *communis error facit jus*, ao menos no que toca ao aspecto da improbidade, que não se confunde com aquele da validade dos contratos e ao interesse de vê-la declarada em processo que tenha este objetivo.**” (0040374-12.2007.8.19.0001 [2007.001.038668-6], sentença proferida em 05/05/2009 – grifo nosso)

Finalmente, é preciso pontuar que da invalidade do contrato em apreço tampouco decorre automaticamente o dever de restituição de valores pagos à contratada. Segundo a jurisprudência pacífica do STJ, **“havendo a prestação do**

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública (REsp nº 1.184.973/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 21/10/2010).

Mesmo em julgados que adotam, na linha dos precedentes invocados pelo *Parquet* em alegações finais, o entendimento segundo o qual a dispensa indevida de licitação encerra “**dano in re ipsa**” – apto a aperfeiçoar o ato de improbidade do art. 10 da LIA, pelo menos no aspecto objetivo –, aquela Corte Superior afasta a automaticidade do ressarcimento do erário, mediante devolução de valores pagos por serviços efetivamente prestados, como forma de evitar o enriquecimento sem causa da Administração. Confira-se o seguinte aresto:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.** CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO. ART. 25 DA LEI 8.666/93. EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DO ART. 10 DA LIA. **CARACTERIZAÇÃO DO DANO IN RE IPSA. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS AFASTADA.** CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. **PROIBIÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.** PERSISTÊNCIA DAS SANÇÕES TÍPICAS DA IMPROBIDADE. (...) 2. A contratação de serviços advocatícios sem procedimento licitatório, quando não caracterizada situação de inexigibilidade de licitação, gera lesividade ao erário, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, dando ensejo ao chamado **dano in re ipsa, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado,** conforme entendimento adotado por esta Corte. 3. **Não cabe exigir a devolução dos valores recebidos pelos serviços efetivamente prestados, ainda que decorrente de contratação ilegal, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública,** circunstância que não afasta (*ipso facto*) as sanções típicas da suspensão dos direitos políticos e da proibição de contratar com o poder público. 4. A vedação de restituição não desqualifica a infração inserida no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92 como dispensa indevida de licitação. Não fica afastada a possibilidade de que o ente público praticasse desembolsos menores, na eventualidade de uma proposta mais vantajosa, se tivesse havido o processo licitatório (Lei 8.429/92 - art. 10, VIII). (...) 7. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AgRg no REsp nº 1.288.585/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes [Desembargador convocado do TRF 1ª Região], DJe de 09/03/2016 – grifo nosso)

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



In casu, para averiguar a eventual ocorrência de dano ao erário, este juízo houve por bem converter o julgamento em diligência, por meio do provimento de fls. 1717/1718, a fim de instruir os autos com cópia da **Tomada De Contas Especial** instaurada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro com o escopo específico de **“apurar os fatos relativos à execução contratual do objeto deste ato de dispensa, identificar os responsáveis e quantificar pecuniariamente os danos”**.

A despeito da ressalva consignada no sentido da falta de alguns documentos exigidos nos artigos 2º e 3º da Deliberação TCE-RJ nº 49/82 – notadamente os relatórios de serviços previstos naquele ato normativo secundário para a comprovação da **“correta execução dos serviços prestados”** –, o Corpo Técnico da Corte de Contas foi assertivo ao afastar a configuração de dano ao erário à vista das **atestações apostas no verso das notas de débitos** e outros **documentos comprobatórios da realização dos exames a cargo da Fundação José Pelúcio Ferreira**. Assim se pronunciou o zeloso Corpo Instrutivo, com a acolhida do Corpo Deliberativo daquele Tribunal:

“A análise das argumentações trazidas pela Fundação fica, em parte, prejudicada por não se encontrarem presentes aos autos os referidos relatórios (de cada serviço executado), que teriam sido apresentados junto a cada nota fiscal.

Todavia, tendo em vista as alegações da defendente, procedemos ao reexame dos autos, tendo verificado que, **além das atestações nos versos das notas de débito de que os serviços foram efetivamente prestados e da documentação anteriormente juntada às fls. 468/505 e 816/898, que comprovaria a realização dos exames supletivos (objeto do contrato), consta no presente documentação (fls. 854 e 869) contendo informação comprovando que a Fundação José Pelúcio Ferreira teria sido a responsável pelo exame, razão pela qual consideramos este item atendido.**

Assim, considerados os dados constantes dos autos, **atestação das notas de débito, comprovação da realização dos exames e documentação contendo informações comprovando que a Fundação José Pelúcio Ferreira foi a responsável pelo exame**, entendemos que no presente caso, **não se tem caracterizada a ocorrência de dano ao erário**, razão pela qual, na conclusão da presente será proposto julgamento pela Regularidade das Contas com Ressalvas e Determinações (...)” (fls. 1563/1564 do Anexo 3 – grifo nosso)

Tampouco há nos autos qualquer elemento de convicção capaz de infirmar a **economicidade** dos preços ajustados. Nesse ponto, aliás, o Corpo Técnico do TCE-RJ, mais precisamente a sua Comissão de Estudos e Análises Técnicas, também afastou a caracterização de sobrepreço ou outra irregularidade ensejadora de prejuízo material à Administração contratante.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



É certo que provimentos oriundos do Tribunal de Contas não vinculam este juízo fazendário no exame da higidez da avença, conforme a dicção expressa do art. 21, II da Lei nº 8429/92. Entretanto, é forçoso reconhecer, na hipótese vertente, a inexistência de elementos capazes de evidenciar a ocorrência de dano ao erário estadual e, assim, ilidir a conclusão técnica carreada a estes autos.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido tão-somente para declarar a nulidade do contrato nº 31/2005, celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro, através da Secretaria de Estado de Educação, e a Fundação José Pelúcio Ferreira, rejeitados os demais pleitos formulados na petição inicial.**

Ante a sucumbência ínfima experimentada pela parte ré, afasto os ônus sucumbenciais, haja vista a isenção legalmente deferida em favor do *Parquet*.

Intimem-se.

Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se.

Rio de Janeiro, 13 de outubro de 2016.

MARCELO MARTINS EVARISTO DA SILVA
Juiz de Direito