AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.478.723 - SP (2019/0090790-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO OG FERNANDES**
AGRAVANTE	:	VIA LETTERA EDITORA E LIVRARIA LTDA
ADVOGADO	:	MARC MAGALHÃES BUCKUP - SP228380
AGRAVANTE	:	FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO
ADVOGADO	:	NEI CALDERON - SP114904
AGRAVADO	:	OS MESMOS

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo interposto por Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não admitiu o recurso especial com amparo na Súmula 7/STJ (e-STJ, fl. 685).

Impugnada especificamente a decisão, conheço do agravo e passo à análise do recurso especial.

O apelo nobre foi manejado, com base na alínea "a" do permissivo constitucional, em oposição a acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 575):

> Administrativo — entidade fundacional pública — responsabilização de editora por distribuição de obra literária com conteúdo inadequado para a faixa etária de crianças da rede de ensino público estadual — violação do dever contratual acessório de informação quanto mais por se tratar de material pedagógico cuja destinação era de inequívoco conhecimento da editora - omissão da Administração Pública no processo seletivo e de aprovação da obra — culpas concorrentes — prejuízo partilhado entre os litigantes pelo valor do contrato — sentença reformada - recurso de apelação e recurso adesivo parcialmente providos

Sem embargos de declaração.

Alega a insurgente, nas razões do especial, às e-STJ, fls. 591-602, ofensa aos arts. 66 da Lei n. 8.666/1993 e 78, 79 e 81 da Lei n. 8.069/1990, pois a parte recorrida deve arcar com o valor integral da multa aplicada, uma vez que descumpriu as cláusulas contratuais.

Contrarrazões às e-STJ, fls. 662-683.

É o relatório.

A irresignação não merece acolhida.

Com efeito, a admissibilidade do recurso especial reclama a indicação clara dos dispositivos tidos como violados, bem como a exposição das razões pelas quais o acórdão teria afrontado cada um deles, não sendo suficiente a mera alegação genérica.

No caso, a recorrente não demonstrou de que forma os arts. 78, 79 e 81 da Lei n. 8.069/1990 foram contrariados, porquanto não relacionou o conteúdo normativo desses dispositivos aos seus argumentos.

Dessa forma, o inconformismo se apresenta deficiente quanto à fundamentação, o que impede a exata compreensão da controvérsia, nos termos da Súmula 284/STF.

No ponto:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO. EXTENSÃO AOS INATIVOS. DESCABIMENTO. NATUREZA DE PRO LABORE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.
> 1. Hipótese em que o Tribunal local consignou que "diante da regulamentação dos critérios de avaliação de desempenho e com a divulgação do 1º ciclo, de avaliação (Portarias n. 1.030 e 1.031 ambas de 22/10/2010 - fls. 181-3), a GDFFA passa a possuir natureza *pro labore faciendo*, razão pela qual deixa de ser devida aos aposentados e pensionistas no mesmo patamar paga aos servidores ativos, pois a partir desse momento cessa a generalidade da gratificação".
> 2. O STJ consolidou o entendimento de que gratificações que, num primeiro momento, foram concedidas de forma geral e irrestrita a todos os servidores ativos, e, num segundo momento, tiveram efetivada sua natureza *propter laborem* devem ser calculadas com base nas avaliações individuais de desempenho. Precedentes: AgRg no AREsp 302.738/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe em 4.9.2013; REsp 1.368.150/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe em 25.4.2013.
> 3. Quanto aos demais pontos recursais, o insurgente restringe-se a alegar genericamente ofensa às normas sem, contudo, demonstrar de forma clara e fundamentada como o aresto recorrido teria violado a legislação federal apontada. Incide na espécie, por analogia, o princípio estabelecido na Súmula 284/STF.
> 4. Agravo Regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 639.617/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/4/2015, DJe 1º/7/2015 - grifos acrescidos)

Outrossim, o Tribunal de origem entendeu que houve culpa concorrente das partes quanto à responsabilidade pela circulação de obra literária com conteúdo inapropriado para a faixa etária a qual se destinava (e-STJ, fls. 579-583):

> Quanto ao mérito, a solução da presente lide restringe-se à aferição da responsabilidade pela circulação de obra literária de conteúdo inadequado para estudantes da 3a série do Ensino Fundamental de rede pública de ensino, de forma que entende esta Relatoria pela culpa concorrente entre as litigantes.
> Patente se mostra a responsabilidade da Administração Pública pelo indevido fornecimento de obra com conteúdo inadequado aos alunos da rede estadual.
> Como destacado pelo próprio relatório de "Sindicância Averiguatória" (*sic*) "objetivando identificar eventuais falhas nos procedimentos, bem como as responsabilidades delas decorrentes, do processo de seleção e aquisição da

publicação "Dez na área, Um na Banheira e Ninguém no Gol", da Via Lettera Editora e Livraria Ltda., destinada ao uso em sala de aula dos alunos da 32 série do Ciclo 1 do Ensino Fundamental, no âmbito do o Programa "Ler & Escrever" (fls. 152/163), a fundação, por meio de processo regularmente instruído pela CENP, solicitou a contratação de profissional especializado na seleção de acervos de literatura infanto-juvenil, ficção e não-ficção, e experiente na formulação de propostas de trabalho com o ensino público, sendo indicada e contratada a professora Eliane Mingues.

Esta, em que pese aos motivos da contratação, não procedeu de acordo com as suas incumbências, uma vez que "Os livros de conteúdo literário foram analisados exclusivamente pela Profª Eliane Mingues, que afirmou não ter encaminhado à CENP nem à DPE, gestora do contrato com ela firmado, relatórios detalhados que registrariam todas as etapas do processo de recebimento, análise e considerações acerca das obras indicadas. Entretanto, emitiu um relatório compreensivo pelo qual afirmou haver realizado as tarefas para as quais foi contratada [...]

[...] A publicação "Dez na Área, Um na Banheira e Ninguém no Gol", da Via Lettera Editora e Livraria Ltda. foi submetida à análise da consultora Profª Eliane, que efetivamente a incluiu entre os livros indicados para o acervo dos alunos da 3ª Série do Ciclo 1 do Ensino Fundamental. [...]

[...] Inquirida, a Profª. Eliane Mingues afirmou "ter lido o prefácio do livro, realizada por um importante ex-atleta, e uma das histórias, aleatoriamente", e que "chamou sua atenção a temática [futebol], indicada sobretudo a jovens meninos, a qualidade da impressão e do projeto gráfico. Contudo, não leu todas as histórias do livro, mesmo assim, decidiu incluí-lo entre as obras recomendadas para o Programa, especificamente o acervo do 3º ano do Ensino Fundamental - Ciclo L [...]

[...] Desse modo, ficou evidente que a consultora contratada para selecionar e compor os acervos do Programa falhou na medida em que incluiu entre os livros indicados para compra uma publicação que confessou não ter lido completamente, o que evidencia descumprimento de parte das obrigações convencionadas, conforme plano de trabalho apresentado pela própria contratada." (fls.156/157 e 160).

Ainda, escancarada a desídia da profissional especializada em literatura infanto juvenil, o mesmo relatório aponta omissão da Administração Pública e verdadeira falha no processo de seleção de material didático, como se depreende "Também importa destacar que não coube a nenhuma das áreas desta Fundação envolvidas nesses processos de recepção, mixagem e distribuição opinar sobre os critérios de seleção dos títulos ou sua adequação às classes de alunos a que eram destinados os acervos, fato - confirmado pela Diretora da DPE e pela Coordenadora da CENP. [...]

a decisão do recolhimento do livro 'Dez na Área, Um na Banheira e Ninguém no Gol", da Via Lettera Editora e Livraria, adquirido em desacordo com os objetivos estabelecidos na Resolução - SE - n. 86107, evidencia falha no processo de seleção dos acervos, etapa crucial para sucesso do Programa "Ler

> e Escrever". Isso porque uma leitura minimamente atenta de algumas histórias constantes da referida publicação — e não somente do prefácio e de uma única delas — chamaria a atenção de qualquer pessoa quanto à pertinência de seu uso num programa destinado a crianças. [...] é imperativo implementar mecanismos mais seguros de controle e de acompanhamento de processos, algo que comprovadamente reduz a incidência de erros, sobretudo quando se trata de tarefas de monta, como foi o caso aqui analisado." (fis. 156, 160 e 162).
> Na mesma esteira se dá o depoimento testemunhal da professora Eliane Mingues, como se verifica às fls. 390/391, na qual confirma que não procedeu à integral leitura do livro em tela e que acredita que após a indicação das obras, estas "também seriam analisadas pelos profissionais da Fundação" Portanto, é evidente a responsabilidade da Administração Pública pela circulação do material de conteúdo inadequado, dada a falha na fiscalização e na seleção da obra literária dentro da proposta didática de programa educacional "Ler e Escrever", o que, contudo, não exclui parcela de responsabilidade da editora em tela, como restará elucidado.

Assim, para rever a conclusão da Corte *a quo*, a fim de verificar a responsabilidade pelo inadimplemento contratual, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, em especial do contrato firmado entre as partes, o que é inviável na via eleita, em razão dos óbices das Súmulas 5 e 7/STJ.

No ponto:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. LICITAÇÃO. ATRASO JUSTIFICADO. PROVA DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ.
> 1. Não há a alegada violação dos arts. 458 e 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que excluiu a culpa da ré no atraso do objeto licitado. Pelo contrário, imputou-se à autora a conduta deflagradora do atraso.
> 2. Entendimento contrário ao interesse da parte não se confunde com ausência de motivação no julgado, menos ainda com omissão.
> 3. O art. 86 da Lei n. 8.666/93 estabelece que o atraso injustificado sujeita a empresa licitante à incidência da multa moratória contratual, hipótese não constatada pela Corte de origem, que após percuciente análise do caderno fático concluiu que o atraso na entrega das carrocerias era legítimo, o que torna a via especial inadequada à modificação do julgado, a teor da Súmula 7 do STJ.
> Agravo regimental improvido.
> (AgRg no AREsp 374.167/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/9/2013, DJe 4/10/2013)
>
> ADMINISTRATIVO. INEXECUÇÃO PARCIAL DE CONTRATO. PENALIDADES. ART. 87 DA LEI 8.666/1993. MULTA E PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO DURANTE TRINTA DIAS.

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CONCOMITANTE SEM IMPLICAR EXCESSO DE PUNIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO § 2º DO REFERIDO ARTIGO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS E DE CLAUSULAS CONTRATUAIS.
IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ.
1. Colhe-se dos autos que, em razão de inexecução parcial de contrato administrativo, aplicou-se à agravante penalidade de multa (art. 87, II, da Lei 8.66/1993) e impedimento temporário de contratar/licitar com a Administração (art. 87, III, da Lei 8.66/1993).
2. O § 2º do art. 87 da Lei 8666/1993 prevê expressamente a possibilidade de aplicação conjunta das sanções previstas no caput do referido artigo. Assim não merece guarida a tese da agravante de que " houve excesso de punição." 3. Percebe-se que o Tribunal local formou sua convicção com base no contexto fático-probatório dos autos e nas cláusulas do contrato estabelecido entre a agravante e o agravado. Logo infirmar o entendimento empossado no acórdão recorrido esbarra nos óbices das Súmulas 5 e 7/STJ.
4. Agravo Regimental não provido.
(AgRg no AREsp 138.201/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/10/2012, DJe 10/10/2012)

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015, c/c o art. 253, parágrafo único, II, *a*, do RISTJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro Og Fernandes
Relator