



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000495014

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1003184-65.2021.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO, e recorridos JOSÉ BENEDITO DA SILVEIRA, RVS COMERCIAL EIRELI, MENDES & MARQUES DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS EDUCACIONAIS LTDA.-ME, SAULO PEDROSO DE SOUZA e MUNICÍPIO DE ATIBAIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento à remessa necessária. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO E LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 5 de junho de 2024.

CARLOS VON ADAMEK

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REMESSA NECESSÁRIA N. 1003184-65.2021.8.26.0048

COMARCA: ATIBAIA – 2ª VARA CÍVEL

RECORRENTE: JUÍZO *EX OFFICIO*

RECORRIDOS: SAULO PEDROSO DE SOUZA, JOSÉ BENEDITO DA SILVEIRA, RVS COMERCIAL EIRELI, MENDES & MARQUES DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS EDUCACIONAIS LTDA.-ME e MUNICÍPIO DE ATIBAIA

INTERESSADOS: CLÉBER STEVENS GERAGE

VOTO N. 13.908

REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO POPULAR. *Prescrição caracterizada. Inteligência do artigo 21 da Lei nº 4717/65. Entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça. Termo inicial. Cinco anos contados da data da ciência inequívoca da ocorrência do suposto ato lesivo, que é a data do julgamento das contas pelo Tribunal de Contas do Estado. Ação proposta antes do decurso de cinco anos após a ciência inequívoca do ato lesivo. Sentença que reconheceu a prescrição que deve ser anulada. Sentença reformada. Remessa necessária provida.*

Trata-se de remessa necessária em ação popular movida por CLÉBER STEVENS GERAGE contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE ATIBAIA, JOSÉ BENEDITO DA SILVEIRA, SAULO PEDROSO DE SOUZA, RVS COMERCIAL EIRELI, MENDES & MARQUES DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS EDUCACIONAIS LTDA.-ME, na qual o d. Juízo *a quo*, pela r. sentença de fls. 6912/6922, cujo relatório adoto, julgou extinto o feito com resolução de mérito, com fundamento no artigo 487, inciso II, do CPC/15, nos seguintes termos “*No caso em apreço, considerando-se que o pregão eletrônico fora concluído em 28/10/2014, com as assinaturas das atas de registro de preços (fls.2.593/2.763 e fls.2.769/2.777), e que os contratos administrativos firmados entre a Municipalidade e as empresas requeridas tinham vigência de 12 (doze) meses, com término em 28/10/2015, é certo que decorreu muito mais*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de cinco anos entre os atos considerados (pelo autor) lesivos ao patrimônio público e a propositura da presente ação popular, sendo de rigor o reconhecimento da prescrição. Ante o exposto, acolho a arguição dos requeridos José Benedito da Silveira e RVS Comercial Eireli e reconheço a ocorrência da PRESCRIÇÃO do direito do autor em promover ação popular, nos termos do art.21, da Lei n.º 4.717/65. Por conseguinte, JULGO EXTINTO o processo, com fulcro no art.487, inc. II, do Código de Processo Civil”. Não houve condenação em custas, despesas processuais e honorários de sucumbência, pois não fora vislumbrada má-fé do autor popular na interposição da presente ação (CF, art. 5º, LXXIII).

Houve indeferimento do pedido liminar à fl. 69.

Contestação de Saulo Pedroso de Souza às fls. 112/128.

Contestação da Municipalidade às fls. 192/252.

Contestação da empresa Mendes & Marques Distribuidora de Materiais Educacionais Ltda. às fls. 6261/6272.

Contestação de José Benedito da Silveira às fls. 6726/6753.

Contestação da empresa RVS às fls. 6771/6786.

Réplica referente a todas as contestações às fls. 6800/6828.

Publicada a r. sentença (fls. 6912/6922), após manifestação do MP (fls. 6908/6910), os autos foram remetidos a este Egrégio Tribunal por força da remessa necessária, nos termos do art. 19 da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular).

É o relatório.

Admito o processamento da remessa necessária decorrente de lei (Lei nº 4.717/1965, art. 19) e determinado pelo V. Juízo a quo (fl. 6922).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A remessa necessária comporta provimento.

Alega o autor popular, na petição inicial, que os réus celebraram contratos nulos, que lesaram o patrimônio público, quais sejam: o pregão eletrônico n.º 167/2014, as respectivas atas de registro de preços n.º 623/14 e 624/14 e os contratos administrativos delas decorrentes, entendendo ter ocorrido vício de forma, ilegalidade do objeto e desvio de finalidade (art.2.º, "b", "c" e "e", da Lei 4.717/65), pois, o pregão e as atas apresentam as seguintes irregularidades: **a)** indevida aglutinação de itens de natureza diversa em lote único; **b)** pesquisa de preços não representativa da realidade de mercado; **c)** exigência editalícia de apresentação da certificação do INMETRO e de certificação de FSC; **d)** exigência de amostra sem a fixação de critérios de avaliação, e **e)** ocorrência de sobrepreço.

Em relação à prescrição, anote-se, que em decisão proferida pelo Excelso STF, em sede de Repercussão Geral (Tema nº 897), no julgamento do RE nº 852.475/SP, restou decidido que “*são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*”, em decisão assim ementada:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento” (STF, RE nº 852.475/SP, rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, rel. p/ Acórdão Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, Repercussão Geral Tema nº 897 Mérito, julgado em 08.08.2018) (g.n.).

Menciono julgados desta Colenda Corte, em harmonia com a decisão do Pretório Excelso:

“Agravado de Instrumento – Ação Civil Pública – Improbidade Administrativa – Insurgência em face de decisão que rejeitou os argumentos com relação à prescrição da pretensão condenatória – Pedido de ressarcimento aos cofres do Município de Pedro de Toledo dos valores recebidos de forma ilegal por ex-contadora da Câmara Municipal – Observância da tese fixada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 852.475, Tema nº 897, no sentido de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa” – Recurso não provido.” (Agravado de Instrumento nº 2212152-33.2021.8.26.0000, rel. Des. ALIENDE RIBEIRO, 1ª Câmara de Direito Público, julgado em 05/11/2021);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. “São imprescritíveis as



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa". Entendimento consolidado pelo c. STF, em repercussão geral (RE 852.475/SP, Tema 897). Da descrição da conduta não é possível afastar, de plano, o elemento subjetivo, ou seja, a vontade dirigida a lesar os cofres públicos ou desrespeitar princípios administrativos. Na inicial do agravo, aliás, nada foi dito sobre o elemento subjetivo. RECURSO NÃO PROVIDO." (Agravo de Instrumento nº 2301004-67.2020.8.26.0000, rel. Des. ALVES BRAGA JUNIOR, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 24/02/2021).

In casu, contudo, **em tese**, isto porque essa questão será melhor analisada pelo juízo de primeiro grau, nenhuma das condutas imputadas aos réus configuram atos que se enquadram nos tipos elencados na Lei de improbidade Administrativa, razão pela qual, para análise da prescrição será aplicado o art. 21 da Lei Federal nº 4.717/65.

A ação popular é uma garantia fundamental prevista na Constituição Federal, que assegura, a qualquer cidadão, a legitimidade ativa para "*propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*" (CF, art. 5º, inciso LXXIII).

No mesmo sentido, a Lei Federal n. 4.717/65, dispõe que: "*[q]ualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (...).*" (art. 1º, caput, primeira parte), estando previsto, ainda, que "*[c]onsideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico*" (art. 1º, §1º).

O art. 21 da Lei da Ação Popular – n. 4.717/65



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

preconiza que prescreve em cinco anos a pretensão para propor a ação popular.¹

O termo inicial para cômputo da prescrição da pretensão do autor popular é de cinco anos contados da data da ciência inequívoca da ocorrência do suposto ato lesivo, que é a data do julgamento das contas pelo Tribunal de Contas do Estado.

Menciono, nesse sentido, precedentes do C. STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LICITAÇÃO DISPENSADA SEM PUBLICIDADE. CONTRATO ADMINISTRATIVO NULO. OBRA REALIZADA. DEVER DE INDENIZAR A FAZENDA PÚBLICA. RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. PANORAMA DA QUESTÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL NO CASO CONCRETO. NÃO REALIZAÇÃO DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Noticiam os autos que o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública visando à declaração de nulidade de contrato celebrado entre a empresa ré e o DER, com condenação à restituição dos valores ao Erário. 2. O Tribunal de origem afastou a alegação de prescrição com o fundamento de que o seu termo inicial, no caso, não seria a data de assinatura do contrato, mas a da conclusão do julgamento do Tribunal de Contas do Estado, que apreciou impugnação dirigida contra a avença. Afirmou, nesse sentido, o Tribunal de origem: "a prescrição da ação só começou a correr em 1994, data em que se proferiu o julgamento do processo perante o Egrégio Tribunal de Contas deste Estado. E da data do julgamento até a data do ajuizamento não decorreram os cinco anos preconizados na lei que rege o procedimento da ação popular." (fl. 1.248, e-STJ). 3. Contra essa decisão sustentou-se no Recurso Especial

¹ Art. 21. A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que o dies a quo da prescrição seria o ano de 1987, momento em que formalizado o contrato, pois "não podem os procedimentos de controle externo que as Cortes de Contas operam serem considerados como causas interruptivas ou suspensivas da fluência da prescrição." (fl. 1.269, e-STJ). 4. A Segunda Turma do STJ negou provimento à irrisignação, com o argumento de que "A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível." 5. Os agravantes interuseram Recurso Extraordinário, e a Vice-Presidência do STJ devolveu os autos à Segunda Turma para proceder ao juízo de retratação de acordo com o que decidiu o STF no RE 669.069/MG (Tema 666), sob o rito da repercussão geral. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, § 5º, DA CF PELO STF 6. Fixou-se no RE 669.069/MG o seguinte entendimento: "É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil" (Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 28.4.2016). Após apresentação de Embargos de Declaração, afirmou o STF: "ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante." OUTRAS TESES DO STF RELACIONADAS À MATÉRIA 7. O STF julgou, ainda, o tema 897, estabeleceu a seguinte tese: "são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa." (RE 852.475/SP, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Relator para acórdão Ministro Edson Fachin, julgado em 25.3.2019). 8. No tema 899, também relacionado à matéria, firmou-se: "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas." (RE



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

636.886/AL, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 25.6.2020). 9. Por último, fixou-se no tema 999 a tese: "É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental." (RE 654.833/AC, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.6.2020). APLICAÇÃO DO TEMA 666 DO STF 10. Na espécie, o Tribunal de origem não descreve atos dolosos de improbidade, aduzindo ser "visível a necessidade de se indenizar a Administração pela ilegalidade cometida que comprometeu seu patrimônio ético e moral para dizer o mínimo." (fl. 1.253, e-STJ). 11. Apesar dessa alusão à moralidade administrativa, o acórdão recorrido não prossegue no exame do caso por esse ângulo, enfatizando a todo o tempo que a causa de pedir da demanda é a inobservância da lei. Consignou o Tribunal de origem: "A afirmação de inexistência de superfaturamento se mostra inócua. A questão se resolve ante a flagrante ilegalidade de não se publicarem editais como mandava a lei, o que torna nulo o contrato, e com isso o pagamento efetuado." (fl. 1.253, e-STJ).

12. Portanto, o fundamento adotado no acórdão da Segunda Turma do STJ - imprescritibilidade das ações de ressarcimento - não está de acordo com a tese fixada pelo STF no tema 666, pois as condutas foram descritas no acórdão recorrido como ilícito civil. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARA REPARAÇÃO DO DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO: NÃO OCORRÊNCIA NO CASO 13. Deve-se, assim, examinar o que se impugnou no Recurso Especial, isto é, o entendimento da instância ordinária que afastou a prescrição, aduzindo: "Esta começaria a ser contada da data da assinatura do contrato e se encerraria em cinco anos, se não houvesse impugnação. No entanto, no mesmo ano de 1987 o contrato já estava sendo examinado quanto a sua legalidade pelo Egrégio Tribunal de Contas deste Estado, em julgamento que só se encerrou em 1994, consoante se vê de fls. 115 dos autos, ou seja, a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

impugnação ao ato ocorreu no mesmo ano de sua assinatura. Ora, se o ato administrativo se encontrava sob exame por estar impugnado, podendo ser considerado inválido, como de fato o foi, não poderia ter curso o prazo prescricional, já que impugnado o ato estava. Desta forma a prescrição da ação só começou a correr em 1994, data em que se proferiu o julgamento do processo perante o Egrégio Tribunal de Contas deste Estado. E da data do julgamento até a data do ajuizamento não decorreram os cinco anos preconizados na lei que rege o procedimento da ação popular." (fl. 1.248, e-STJ). 14. Esse entendimento está correto, pois não se verificou, no caso, inércia dos órgãos do Estado na proteção do patrimônio público, sendo razoável compreender que, nesta esfera, a pretensão reparatória surge apenas quando findo o procedimento fiscalizatório, momento em que há segurança suficiente para a afirmação da lesão e de sua extensão pelos legitimados para a defesa do direito violado. 15. No caso, a conclusão do Tribunal de Contas do Estado (que estava a apurar o caso) foi questionada pelo Departamento de Estradas de Rodagem (fl. 205, e-STJ) e, após o exaurimento das vias recursais, a Corte de Contas enviou ofício à Assembleia Legislativa de São Paulo, que, por sua vez, encaminhou representação ao Ministério Público do Estado em 1996 (fl. 232, e-STJ). Entre a conclusão do procedimento instaurado no Tribunal de Contas (1994) e o ajuizamento da Ação Civil Pública pelo Ministério Público (1998) não se consumou, como disse o Tribunal de origem, o prazo de 5 (cinco) anos. 16. Por analogia, deve incidir, pela identidade de razões, o entendimento manifestado pelo Ministro Alexandre de Moraes no citado RE 636.886/AL (tema 899): "uma vez encerrada a fase administrativo-fiscalizatória (art. 19 e art. 23, III, "b", c/c art. 24, todos da Lei 8.443/1992), o Poder Público possui o prazo de cinco anos para ajuizar a correspondente ação de ressarcimento, sob pena de restar fulminada a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prescrição executória própria." CONCLUSÃO 17. Assim, embora se reconheça a aplicação do tema 666/STF ao caso, porquanto se está diante de ilícito civil prescritível, deixa-se de proceder ao juízo de retratação, uma vez que não se verificou a ocorrência da prescrição quinquenal no caso concreto. 18. Agravo Interno não provido. (AgRg no REsp n. 1.123.057/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 1/7/2021.). (g.n.)

No presente caso, O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em 10/3/2020, decidiu pela irregularidade do referido Pregão Eletrônico, pelas atas de registro de preços e pelas autorizações de fornecimento (fls.175/191), com base nas seguintes premissas: *I) quanto ao Lote 01 (Ata n.º 623/2014 - Kit de material pedagógico [brinquedoteca volante módulo I berçário, módulo II maternal, módulo III infantil e armário de aço para acondicionar os brinquedos] destinados ao uso nas unidades escolares de educação), adjudicado à empresa requerida RVS Comercial Eireli: a) indevida exigência de certificação do INMETRO e de FSC (Súmula 17 do TCESP); b) aglutinação de 126 itens, de natureza distinta, em lote único, em afronta ao disposto no art.23, §1.º, da Lei n.º 8.666/93; c) exigência de amostras sem critérios de avaliação para os 126 itens do lote 01 e d) Sobrepreço, baseado na pesquisa de mercado e quadro comparativo de fls.6.464/6.516 e II) quanto ao Lote 02 (Ata n.º 624/2014 - Triciclos) adjudicado à empresa Mendes & Marques Distribuidora de Materiais Educacionais Ltda: apenas com fundamento na indevida exigência de certificação do INMETRO e de FSC (Súmula 17 do TCESP).*

Esta ação foi ajuizada em **14/5/2021**. Assim, dessume-se que a pretensão dos autores não foi atingida pela prescrição, vez que ainda não decorreu 5 anos entre a data do julgamento da demanda pelo Tribunal de Contas do Estado – **10/3/2020** – e o ajuizamento desta ação.

Diante de todo o aqui demonstrado, portanto, observa-se de forma cristalina, que a pretensão do autor não foi atingida pela prescrição.

Nessa conformidade, deve ser anulada a sentença, com determinação de retorno dos autos ao MM. Juízo *a quo*, para a produção das



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provas necessárias para o deslinde da controvérsia existente nestes autos. Deste modo, deixo de apreciar as demais alegações e questões atinentes a este recurso, uma vez que prejudicadas.

Não são devidos honorários advocatícios ou custas processuais (CF, art. 5º, inciso LXXIII).

Por derradeiro, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional invocada, observando o pacífico entendimento do Colendo STJ de que *“é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida”*. Além disso, esclareço também que eventuais recursos de *“embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal”* (STJ, EDcl no RMS nº 18205/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, 5ª Turma, julgado em 18.04.2006).

Ante o exposto, **dou provimento** à remessa necessária, anulando-se a r. sentença, com determinação de retorno dos autos à origem a fim de que seja reaberta a fase instrutória.

CARLOS VON ADAMEK

Relator