



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2017.0000718813

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003037-83.2014.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara D Oeste, em que é apelante ELIANE APARECIDA FERRAZ DEFAVARI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso provido. V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ E RUBENS RIHL.

São Paulo, 19 de setembro de 2017.

Danilo Panizza
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1003037-83.2014.8.26.0533

Apelante: Eliane Aparecida Ferraz Defavari.

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Juiz sentenciante: *Patrícia Inigo Funes e Silva*.

Voto nº 30.523

PRELIMINAR – Prescrição – Ação que, estribada em alegação de lesão ao erário público, afigura-se como imprescritível – Art. 37, § 5º, da Constituição Federal – Precedentes jurisprudenciais – Rejeição.

APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE – LICITAÇÃO – CONTRATO PACTUADO, COM PARTICULAR, PELO FORNECIMENTO DE INSTALAÇÃO, CONFIGURAÇÃO E ATUALIZAÇÃO DE SISTEMAS OPERACIONAIS – INEXISTÊNCIA DE LICENÇA DOS SOFTWARES INSTALADOS NOS COMPUTADORES – CONDUTA IMPROBA – IRRESIGNAÇÃO – DESCABIMENTO.

Apuração interna exarou parecer, bem como em perícia criminalística realizada, constatou que os *softwares* do Windows, fornecidos pela requerida, foram instalados sem a devida licença de *softwares*, os quais não eram originais (“piratas”), consubstanciando não ser licenciado pelo fabricante Microsoft, em prejuízo do ente público, sujeitando-se ao ressarcimento, pelo prejuízo ao erário e apenamento previsto na legislação específica.

Decisão mantida.

Recurso negado.

Vistos.

Ministério Público do Estado de São Paulo propôs **ação civil pública** contra Eliane Aparecida Ferraz Defavari, perante o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Barbara D'Oeste, sustentando, em síntese, que a requerida venceu licitação, na modalidade pregão

presencial, para fornecer instalação, configuração e atualização de *softwares* para a Câmara Municipal de Santa Bárbara D'Oeste, ora no importe de R\$ 29.945,00. Contudo, posteriormente, descobriu que os softwares do Windows fornecidos pela requerida não eram originais. Assim, objetiva o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa, na forma estipulada na Lei Federal n. 8.429/92, condenando-a ao ressarcimento do erário municipal dos valores dispensado. Pede a procedência da ação.

A r. sentença de fls. 148/151, julgou **procedente** a presente ação civil pública proposta por Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Eliane Aparecida Ferraz Defavari, qualificada nos autos, para o fim de condená-la ao ressarcimento dos danos ao erário público no importe de R\$ 29.945,00 (vinte nove mil, novecentos e quarenta e cinco reais), a qual deverá ser corrigida monetariamente pela tabela do E. Tribunal de Justiça, desde a data da liberação do pagamento até o efetivo cumprimento da condenação, acrescida dos juros de mora legais de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Sucumbente, responderá a requerida pelo pagamento integral das custas e despesas processuais, ressalvada a Justiça Gratuita. Indevidos honorários advocatícios, por ser vedado ao autor recebê-los (RT 729/202).

Eliane Aparecida Ferraz Defavari **apelou** a partir de fls. 156, resumindo o processado, reiterou os termos expostos em peça de defesa, sustentando pela não caracterização de atos de improbidade, aduzindo que não fraudou nenhum equipamento ou software; que emitiu Nota Fiscal do que estava entregando/instalando, sendo que foi devidamente conferido pelos técnicos da Câmara Municipal quando da instalação dos computadores e programas; que dentro do prazo da

garantia não recebeu qualquer reclamação; da prescrição da ação. Pede a total reforma da decisão, para que a mesma seja julgada improcedente.

Houve apresentação de **contrarrrazões** pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fl. 170).

O **parecer** da Procuradoria Geral da Justiça veio a fls. 176/185, pelo desprovimento do recurso interposto pela ora requerida Eliane Aparecida Ferraz Defavari.

É o relatório.

Em princípio, a respeito da alegação preliminar pela ocorrência do instituto da **prescrição**, arguida pela requerida, ressalta-se que em nosso ordenamento Jurídico, em qualquer área do direito, a prescrição é um princípio de ordem pública, que tem por objetivo estabilizar as relações jurídicas.

Entretanto, o ressarcimento ao erário público em razão de ato lesivo ao patrimônio não é atingido pela prescrição. O artigo 37, § 5º, da Constituição Federal excepcionou a regra geral da prescrição ao excluir expressamente deste instituto as respectivas ações de ressarcimento.

Referido artigo estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, "*verbis*": "*Á lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não que cause prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*" (g.n.)

Assim, não há que se falar em prescrição, pois a ação de ressarcimento de dano ao erário é imprescritível de forma que a presente demanda interposta com o fim de se apurar prejuízo ao erário público não estava prescrita.

No mesmo sentido Wallace Paiva Martins Júnior

entendendo que *"o art. 37, § 5º, da Constituição Federal ressalva da prescrição a pretensão de ressarcimentos dos danos causados ao erário, consagrando a regra da imprescritibilidade do ressarcimento do dano ilícito praticado em detrimento do patrimônio público."* (Probidade Administrativa, Saraiva, 2001, p. 291).

Destarte, a dicção legal é clara e não deixa margens a dúvidas ou questionamentos outros. E, consoante temos sustentado de longa data, onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo de modo mais elástico, sob pena de afronta ao mandamento legal.

Pois, a alegação de prescrição infringe o artigo 5º, do art. 37 da CF, que exclui o ressarcimento ao erário desta condição, dispondo previsão excepcional de imprescritibilidade, com reconhecimento da doutrina de Francisco Octávio de Almeida Prado, no sentido de que *"existe um princípio constitucional da prescritibilidade dos ilícitos administrativos que só não alcança as ações de ressarcimento, ou seja, aquelas em que se postula a reparação de dano causado ao erário – que foram consideradas imprescritíveis."* (cf. Improbidade Administrativa, Ed. Malheiros, ed. 2001, p. 211).

Nesse mister, *"Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito; não porém o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao Erário. É uma ressalva constitucional – e, pois, inafastável, ..."* (in Comentário Contextual à Constituição, 4ª. ed., Ed. Malheiros, p. 349)

Ainda nesta esteira, Pinto Ferreira, é explícito no âmbito do direito: *"As ações de ressarcimento ou ações de responsabilidade civil, contudo, são imprescritíveis. Não se submeter ao disposto no art. 177 do Código Civil, determinando que as ações pessoais prescrevem em vinte anos e as ações reais em dez anos. Não ocorrendo prescrição,*

o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído” (in Comentários à Constituição Brasileira, Ed. Saraiva, 1ª. ed., vol. II, p. 396).

Este é o entendimento externado por esta Câmara de Direito Público, que em caso análogo, resolveu adequadamente a questão, valendo a transcrição de trecho do v. acórdão da lavra do eminente Desembargador Renato Nalini, proferido na Apelação Cível nº 723.199-5/7-00, para reforçar o entendimento ora adotado:

“Melhor sorte não encontram as alegações de prescrição e decadência. O preceituado no § 5º do artigo 37 da Constituição da República é muito claro: a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. O que o constituinte quis dizer foi que a gravidade da vulneração do Erário ou do patrimônio moral da administração pública brasileira é tamanha, que não existe prescrição para essa hipótese, afastada a previsão quinquenal contida no Decreto nº 20.910/32. A regeneração da vida pública brasileira passa, obrigatoriamente, por consistente e profunda apuração de todas as ilicitudes cometidas em todos os âmbitos de todas as esferas.”

Desta forma, salienta-se que a jurisprudência é maciça ao analisar a presente questão em não reconhecer tal pretensão na forma imposta pela ocorrência do instituto da prescrição. Nesse sentido, por inteiramente amoldável à espécie, cita-se alguns julgados das demais Câmaras deste Tribunal: Apelação Cível nº 720.071-5/1-00, **3ª Câmara** de Direito Público, Des. Magalhães Coelho; Apelação Cível nº

211.165-5/4-00, **4ª Câmara** de Direito Público, Des. Viana Santos; Apelação Cível nº 619.464-5/5-01, **5ª Câmara** de Direito Público, Des. Franco Cocuzza; Apelação Cível nº 408.754-5/3-00, **6ª Câmara** de Direito Público, Des. Leme de Campos; Apelação Cível nº 994.09.358638-0, **7ª Câmara** de Direito Público, Des. Guerrieri Rezende; Apelação Cível nº 455.306-5/9-00, **8ª Câmara** de Direito Público, Des. Paulo Dimas Mascaretti; Apelação Cível nº 994.09.258447-8, **9ª Câmara** de Direito Público, Des. Rebouças de Carvalho; Apelação Cível nº 533.355-5/6-00, **10ª Câmara** de Direito Público, Des. Reinaldo Miluzzi; Apelação Cível nº 994.09.254327-5, **11ª Câmara** de Direito Público, Des. Pires de Araújo; Apelação Cível nº 387.956-5/4-00, **12ª Câmara** de Direito Público, Des. Wanderley José Federighi e Apelação Cível nº 403.440-5/4-00, **13ª Câmara** de Direito Público, Des. Ivan Sartori.

E ainda os julgados REsp nº 1.056.256-SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 16.12.08 e REsp nº 1.067.561-AM, rel. Min. Eliana Calmon, j. 5.02.09:

"... a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível, conforme estabelecido no art.37, §5, da CF/88".

Ademais, não há óbice para o ressarcimento dos danos ao erário na ação de improbidade administrativa. Precedentes citados do STF: MS 26.210-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 9.10.2008.

Nesta conformidade, todo o argumentado não atende ao princípio constitucional a alegação de prescrição quando se trata de ressarcimento ao erário. Ressalvando a Constituição Federal que as

ações de ressarcimento de dano ao erário não estarão sujeitas a prazos prescricionais, inócuo se mostra o debate pretendido pelos apelantes a respeito do tema.

Sob outro enfoque, registra-se que, no caso concreto, a matéria colocada em debate, ante ao constante nos autos, de conteúdo documental, denota suficiência análise do pedido, o que por si, dispensa a necessidade de maior **dilação probatória**.

No **mérito**, pelo depreendido dos autos, a questão é exclusivamente de direito, sendo certo que o contexto de ordem fática está adstrito aos documentos e provas já existentes nos autos, propiciando o conhecimento de plano da matéria.

Trata-se de ação civil pública promovida com o fito em configurar a prática de ato improprio, do qual com a análise das provas, encontra-se no fato de que a requerida Eliane Aparecida Ferraz Defavari, atuando como empresária individual (E.A.F. Defavari Informática - ME), venceu licitação, na modalidade pregão presencial n. 5/2004, para fornecer, na condição de empresária individual, instalação, configuração e atualização de *softwares* para a Câmara Municipal de Santa Bárbara D'Oeste, pelo custo de R\$ 29.945,00 (vinte e nove mil, novecentos e quarenta e cinco reais).

Neste mister, após investigação interna descobriu que os *softwares* do Windows, fornecidos pela requerida, foram instalados sem a devida licença de softwares, os quais não eram originais (“piratas”), consubstanciando não ser licenciado pelo fabricante Microsoft, em prejuízo do ente público, conseqüentemente, postulando condenação da requerida ao ressarcimento do erário municipal dos valores dispensados, ora decorrentes deste ilícito contratual.

Assim, pelo fornecimento dos *softwares* e na prestação

deficiente dos serviços prestados pela ora requerida, a r. decisão monocrática julgou procedente a ação, condenando a requerida a ressarcir à Câmara Municipal de Santa Bárbara D'Oeste, imediatamente e de uma só vez, a quantia de R\$ 29.945,00 (vinte nove mil, novecentos e quarenta e cinco reais), devidamente corrigido.

Daí o inconformismo. Sem razão, contudo.

Com efeito, o art. 1º, da Lei 8.429/92 diz que os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Nestes termos, o servidor público, juntamente ou não com particular (pessoa física/jurídica), em qualquer das esferas administrativas, não pode (m) se furtar a responder pelo ilícito cometido em manifesta ofensa aos princípios que regem a Administração Pública.

No caso vertente, a prova oral e documental coligida é firme, segura e convincente no sentido de que a requerida Eliane Aparecida Ferraz Defavari, atuando como empresária individual (E.A.F. Defavari Informática - ME), venceu licitação, na modalidade pregão presencial n. 5/2004, para fornecer, na condição de empresária individual, instalação, configuração e atualização de *softwares* para a Câmara Municipal de Santa Bárbara D'Oeste, mas que restou evidente demonstração de inexistência de licença dos *softwares* instalados nos computadores, não podendo se eximir da responsabilidade que assumiu, perante o Ente Público Municipal, de realizar atos que se comprometeu

a realizar.

Efetivamente, não denota haver justificação para maior elastério probatório, inclusive com robusta prova produzida nos autos. Pois, restou evidente a caracterização de ato improbo por parte da requerida Eliane Aparecida Ferraz Defavari, negligenciando a instalação dos programas de computador fornecidos, perfazendo o importe aproximado da ordem de R\$ 29.945,00 (vinte e nove mil, novecentos e quarenta e cinco reais).

Como bem apontado pela nobre magistrada de primeiro grau, que abordou com precisão a questão, com argumentos que são adotados como razão de decidir, nos seguintes termos:

“ (...) a requerida não cumpriu o contrato que celebrou com a Câmara Municipal de Santa Bárbara D'Oeste, seja porque negligenciou a instalação dos programas de computador fornecidos, deixando a cargo de terceiros, sem qualquer supervisão sua, seja porque agiu com dolo de lesar o erário municipal, restando certa a obrigação de ressarcir os cofres públicos.

Os demais documentos, como perícia criminalista produzida no âmbito do Inquérito Policial instaurado para apuração de provas com vistas à verificação de responsabilidade criminal, reforçam a comprovação de irregularidade no fornecimento dos softwares e na prestação deficiente dos serviços prestados pela requerida (fls. 33/47).” (fls. 150/151)

Por conseguinte, conclui-se que a requerida só apresentou cópia de nota fiscal de serviço de instalação e atualização dos *softwares* do Windows, deixando de demonstrar, por notas fiscais

de entrada e saída, a efetiva aquisição destes softwares originais e outros materiais que comprovassem originalidade dos produtos instalados nos computadores.

Por derradeiro, acresce-se o fato de que não foi observada a presença de selo COA (etiqueta no formato de selo, do tipo adesivo, que é parte integrante da compra de *softwares* da empresa Microsoft Corporation), em nenhum dos computadores examinados em tal perícia criminalística. Estes selos, também, podem auxiliar na comprovação da originalidade do produto Microsoft.

Neste interim, caracterizada ofensa aos princípios da administração pública (art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92), irrecusável o acolhimento da pretensão. Pois, a utilização do bem público (dinheiro) deve cumprir com rigor os ditames legais, quando assim não acontece o erário é lesado e aplicação de pena é medida de justiça. Assim, configurada a ilegalidade cabe ao Judiciário dirimir a questão, conforme preceituado no art. 5º, inc. XXXV da CF.

Nestes moldes, totalmente descabida a linha argumentativa da requerida ao intentar convencer o Judiciário da regularidade de tal comportamento, ante a caracterização de uso de *softwares* não licenciados, contrariando as normas vigentes que regularizam a aquisição e uso destes programas, levando a questão a todo o instante pela impossibilidade ser processada por ato improbo.

O Direito não protege o ilícito, bem como a irregularidade do proceder administrativo não pode ser considerado como desconhecida pelo agente, mas sim dependeu de sua vontade, implicando na vontade, que gera a discutida má-fé.

Uma vez chancelada a procedência da pretensão ministerial em relação ao reconhecimento de ato improbo, em

conformidade como exarada em decisão monocrática, insta observar que tal decisão monocrática, encontra-se com a respectiva fundamentação, com suficiente clareza a reprimenda consignada, praticamente irrepreensível, na medida em que solucionou a contenda em atenção a padrões inspirados em perfeita técnica jurídica, alhada a uma carga valorativa adequada e razoável dos fatos envolvidos que foram corretamente sopesados e subsumidos às regras jurídicas de regência, atingindo conclusões obtidas por salutar ponderação.

Ante ao exposto, conclui-se lúdima a r. decisão proferida pela nobre Magistrada de primeiro grau, deve prevalecer por seus próprios e jurídicos fundamentos, admitidos os prequestionamentos dos dispositivos legais e constitucionais passíveis de argumentação.

Com isto, **nega-se** provimento ao recurso.

DANILO PANIZZA

Relator