ACO-UTR-546/2023

Processo	-	TC/000001/2004
Procedência	-	Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão (atual Secretaria do Governo Municipal)/Empresa Municipal de Urbanização (atual São Paulo Obras)
Compromissárias	-	Plano & Plano Construções e Empreendimentos Ltda./Rofer Administração e Construção Ltda./Uptown Empreendimentos e Participações Ltda. e WJ Solis Incorporações S/C Ltda.
Termo de Compromisso		11/2002/Emurb
Objeto	-	Aprovação das modificações dos índices e características de uso e ocupação do solo solicitadas para o lote com área de 1.344,00m², situado na Rua Tavares Cabral 173 a 209 – Pinheiros – Operação Urbana Faria Lima nº 182-FLI

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. TERMO DE COMPROMISSO. SGM. SP OBRAS. Operação Urbana Faria Lima. Aprovação das modificações dos índices e características de uso e ocupação do solo. 1. A regra geral é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um lapso temporal. Estabelecido o marco inicial de contagem, uma vez não verificada nenhuma causa interruptiva no intervalo legal, decorridos mais de 5 anos, enseja-se o reconhecimento da prescrição quinquenal das pretensões punitiva e ressarcitória. Art. 2º, art. 4º, art. 5º, II, art. 6º, I, Res. TCMSP 10/2023. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. Art. 12, p.u., Res. TCMSP 10/2023. Item 14, Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM 02/2023. Art. 487, II, art. 15, CPC. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada às Operações Urbanas. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, nos termos do seu relatório e voto, RICARDO TORRES – Revisor designado, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO, com declaração de voto apresentada, em reconhecer a ocorrência da prescrição, consoante o art. 2º da Resolução 10/2023 – TCMSP e julgar extinto o processo com resolução de mérito, conforme o art. 12, parágrafo único, da mesma Resolução.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem, para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada às Operações Urbanas, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor designado, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO.

São Paulo, 27 de setembro 2023.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
EDUARDO TUMA – Relator

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 10/11/2023 14:22:44 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:48:07 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

47ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

TC 0001/2004 Análise

Objeto: Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão (atual Secretaria do Governo Municipal)/Empresa Municipal de Urbanização (atual São Paulo Urbanismo/São Paulo Obras) e Plano & Plano Construções e Empreendimentos Ltda/Rofer Administração e Construção Ltda./Uptown Empreendimentos e Participações Ltda .e WJ Solis Incorporações S/C Ltda. - Termo de Compromisso 11/2002//Emurb - aprovação das modificações dos índices e características de uso e ocupação do solo solicitadas, conforme fls. 09 - 11, para o lote com área de 1.344,00m², situado na Rua Tavares Cabral nº 173 a 209, no bairro de Pinheiros - Operação Urbana Faria Lima 182 (FLI)

Interessadas: Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão - SEMPLA

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise das **Certidões 24/02/SEMPLA e 27/04/SEMPLA**, relativas à Proposta de participação na Operação Urbana Faria Lima, que recebeu o nº 182-FLI, formulada pelas empresas **Plano e Plano Construções Ltda.,** Rofer Administração e Construções Ltda., Uptown Empreendimentos e Participações Ltda., e WJ Solis Incorporações S/C Ltda., pela qual pleitearam a alteração de índices e características de uso e ocupação do solo nos imóveis localizados nesta Capital na Rua Tavares Cabral nºs 173 a 209, com base na Lei Municipal nº 11.732/95.

Recebendo a referida Proposta o parecer favorável do Grupo de Trabalho – GT-Faria Lima (fl. 25) e a aprovação da Comissão Normativa de Legislação Urbanística – CNLU (fls. 108/111), em 28/10/2002 firmou-se o Termo de Compromisso nº 11/02/EMURB, (fls. 131/136) e, em 09/12/2002, foi expedida a correspondente Certidão nº 24/02/SEMPLA2, contendo os novos parâmetros aprovados e permitidos pela Operação Urbana Faria Lima, dentre os quais a outorga onerosa referente ao aumento de coeficiente de aproveitamento da área de 1,0 para 4,0 vezes a área do lote.

A título de contrapartida financeira devida pelas empresas Proponentes, foi fixado o valor de R$ 989.600,00 (novecentos e oito e nove mil e seiscentos reais), calculado com base em 80%

(oitenta por cento) da valorização do terreno decorrente do benefício urbanístico concedido, avaliado em R$ 1.237.000,00 (um milhão duzentos e trinta e sete mil reais)(folhas 102 e 103).

Posteriormente, em 04/11/2004, as Proponentes pleitearam, para os imóveis beneficiados pela supracitada Operação Faria Lima nº 182-FLi, a alteração de categoria de uso de S2 (comercial/escritório) para R3-01 (residencial), sem pagamento de contrapartida, solicitação essa aprovada pela Comissão Normativa de Legislação Urbanística – CNLU, em 14/12/2004, mediante o Despacho SEMPLA/CNLU/095/2004 de reti-ratificação, com base nas supervenientes Leis Municipais nºs 13.769/2004 e 13.871/2004 (fls. 206/207 e 213/214).

Por conseguinte, em 22/04/2004 houve a expedição da Certidão nº 27/04/SEMPLA, em substituição à Certidão nº 24/02/SEMPLA.

Em primeira manifestação, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle - SFC** entendeu, sob o aspecto formal, estar a referida operação urbana relativa à Certidão 24/02/SEMPLA, adequada, ressalvando o atraso no envio, a este Tribunal de Contas, do rol de operações urbanas realizadas no mês anterior.

Todavia, a **Equipe de Engenharia**, ao analisar os benefícios econômicos e financeiros, apurou que o valor da contrapartida pago pelas Proponentes restou subestimado, pois a avaliação da Auditoria indicou benefício em valor superior, no montante de R$ 3.157.237,44 (três milhões cento e cinquenta e sete mil duzentos e trinta e sete reais e quarenta e quatro centavos), significando que a contrapartida aprovada representou 31,3% do benefício calculado (fls. 176/179 e 180/187 – 23/06/2004).

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 191/192 – 17/11/2004), a pedido da SFC, manifestou-se que, sob o princípio da finalidade e da justa distribuição de benefícios e ônus advindos da atuação urbanista, a contrapartida paga corresponde à menor estimativa tecnicamente aceitável e opinou "pelo não acolhimento da Operação Urbana em apreço, por ter se processado de forma ilegal e lesiva aos cofres públicos."

Em conclusão, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (fls. 194/194vº - 01/12/2004), endossou as manifestações precedentes expendidas por esses dois órgãos técnicos.

O Ordenador da despesa, signatário do Termo de Compromisso nº 11/02/EMURB (Sr. Luiz Afonso Simoens da Silva), devidamente intimado, apresentou sua defesa de fls. 198/202, na qual alegou ser parte ilegítima em razão de, à época, ocupar a Diretoria Financeira da EMURB, sem qualquer participação no processamento da Operação Urbana em pauta, realizado no âmbito da SEMPLA cabendo à CNLU e, preliminarmente ao Grupo de Trabalho – OUFL, a análise e aprovação da Proposta 182-FLi.

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle**, nesta fase, procedeu à juntada da documentação (fls. 206/219) correspondente à superveniente Certidão nº 27/04/SEMPLA

supracitada e analisou tanto a defesa de fls. 198/202 quanto o processo de aprovação do novo benefício concedido, e assim concluiu (fls. 220/230vº - 26/07/2006):

Análise das razões de defesa:

Preliminar de ilegitimidade: "Assiste razão à defesa quando afirma não ter participação na aprovação de projetos e cálculos relativos a Operação Urbana Faria Lima considerada irregular pelos órgãos técnicos deste Tribunal, (...). Verifica-se da análise dos autos que a responsabilidade pela irregularidade constatada, cabe à SEMPLA." (fl. 224/226 – p.5).

Mérito: "não aborda a conclusão e questão de mérito (...). Diante do exposto, as informações trazidas aos autos pelo defendente não alteram a conclusão expressa à fl. 187. (fls. 220/220vº - p.4)

Análise da Certidão nº 27/04/SEMPLA:

1 - a aprovação da 2ª proposta pela CTLU ocorreu sem o amparo de um parecer fundamentado, pois a informação às fls. 210 - 211 apenas relata o pleito das interessadas, não abordando, nos aspectos de mérito e legais, a matéria. Esse fato fragiliza, e muito, a aprovação dessa 2ª proposta, nos mesmos moldes em que foi apresentada.

2 - Em 04.11.2004, ou seja, na data de entrada do pedido de alteração da 1ª proposta (fl. 108), estava em vigor a Lei nº 13.769/2004, de 26 de janeiro de 2004, que havia revogado e substituído a Lei nº 11.732/95.

Segundo a Lei nº 13.769/2004, alterada pela Lei nº 13.871/2004, os valores das contrapartidas para novas propostas de Operação Urbana Consorciada Faria Lima seriam de R$1.584.000,00, para o uso residencial (R3-01), e de R$2.464.000,00 para os usos comercial/serviços, calculadas e definidas, de forma direta, com a aplicação do valor mínimo, de R$1.100,00, estabelecido para cada Certificado de Potencial Adicional de Construção - CEPAC (§ 2º do art. 7º da Lei nº 13.769/2004) e com a aplicação da Tabela 1 – Tabela de Equivalência do CEPAC (Anexo 1, integrante da Lei nº 13.871/2004).

Para ser beneficiada com a outorga de 4.032,00m2 de área computável adicional para a categoria de uso S2 (escritórios/serviços), na égide da Lei nº 11.732/95, as interessadas haviam pago, apenas, R$ 989.000,00, contrapartida essa que, segundo demonstrado às fls. 180 - 187, foi considerada subavaliada.

Assim, ...para a outorga do benefício solicitado e a emissão da Certidão nº 27/04/SEMPLA - Operação Urbana Faria Lima (fl. 219), deveriam ter sido seguidas as disposições da legislação vigente na data da entrada do pedido de alteração, com o correspondente pagamento, pelas interessadas, da contrapartida devida.

3 - abstraindo-se o fato de a contrapartida definida quando da primeira proposta ter sido subestimada, conforme demonstrado às fls. 180 - 187, deveria ter sido ser paga pelas beneficiadas pela Certidão nº 27/04/SEMPLA - Operação Urbana Faria Lima, ao menos, a diferença entre o valor já pago e aquele definido pela nova legislação. Essa diferença, sem considerarmos a atualização do valor já pago, é de R$ 595.000,00 (quinhentos e noventa e cinco mil reais).

Conclusão: Formalmente irregular. "Os procedimentos adotados pela SEMPLA e pela CTLU para a emissão da Certidão nº 27/04/SEMPLA - Operação Urbana Faria Lima não atendem ao disposto no artigo 27 do Decreto nº 45.213/04 e, conforme demonstramos, implicam no não recolhimento aos cofres públicos de um montante financeiro que, sem considerarmos a

atualização do valor já pago, é de R$ 595.000,00 (quinhentos e noventa e cinco mil reais). (fls. 221/223vº e fls. 227/229 – p. 2/3).”

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 233/238 – 05/06/2007), ao examinar a defesa apresentada considerou responsável o signatário do Termo de Compromisso, que obriga ao pagamento da contrapartida e sugeriu, também, a intimação do então Presidente da CNLU à época (fls. 216 a 218).

No tocante à Certidão 27/04/SEMPLA, acompanhou os achados da Auditoria e, com base em sua anterior manifestação, opinou pelo não acolhimento da Operação Urbana em exame

Em cumprimento ao determinado nos despachos de fls. 240 e 281 foram intimados o referido Presidente da CNLU (Sr. Jorge Wilheim), a Chefe de Gabinete da SEMPLA (Sra. Elizabeth Bello) indicada como agente responsável à fl. 229, além de ser oficiada a SEMPLA para pronunciamento a respeito de todo o processado.

O Presidente da CNLU e a Chefe de Gabinete apresentaram as defesas encartadas, respectivamente, às folhas 252/260 e 293/297, nas quais ambos arguiram ilegitimidade de parte, ao argumento de não terem responsabilidade na aprovação das duas alterações de padrões urbanísticas, no bojo da Operação Faria Lima, por envolverem decisões colegiadas e, no mérito, propugnaram pela regularidade dos atos.

A Secretaria Municipal de Planejamento – SEMPLA informou a transferência de atribuições concernentes às Propostas de Operação Urbana Faria Lima, para a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, criada pela Lei Municipal nº 14.879/2009, que por sua vez encaminhou a documentação e justificativas de folhas 299/375.

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** analisou a documentação acrescida e assim manifestou-se:

Sobre a defesa do Sr. Jorge Willheim:

Preliminar de ilegitimidade: “cabe aos Presidentes dos órgãos colegiados representá-los perante a Administração e perante terceiros, e nesta situação enquadra-se o intimado, então Presidente da CNLU, devendo responder pelos atos administrativos tomados pelo Colegiado.”

E o intimado, somado à sua notória especialização e pleno conhecimento da matéria, à época Presidente da CNLU, responde integralmente pelos atos administrativos tomados pelo Colegiado.

Mérito: Ao contrário do que sustenta o Defendente, resta evidente que:

1- a determinação legal não foi atendida, incorrendo em desrespeito à legislação pertinente;

2- estão presentes consequências jurídicas danosas ou lesivas que prejudicaram o Erário;

3- há flagrante irregularidade formal, com vício legal em face do cálculo da contrapartida sem atendimento à legislação vigente;

4- a discussão não se trava no campo da boa ou má-fé do Intimado, na medida em que o "cipoal normativo" apontado por nós foi completamente ignorado pela SEMPLA, limitando-se a relatar o pleito da interessada;

5- o resultado final não atendeu adequadamente ao interesse público e à coletividade.

CONCLUSÃO: ratifica e reitera, na íntegra, as conclusões expressas:

"- à fl. 187, quanto ao valor subavaliado da contrapartida recolhida inicialmente pela interessada com base na CERTIDÃO nº 24/02/SEMPLA – Operação Urbana Faria Lima;

- à fl. 223vº, quanto a irregularidades na emissão da CERTIDÃO nº 27/04/SEMPLA - Operação Urbana Faria Lima, motivada pela não observância do disposto no artigo 27 do Decreto nº 45.213/04, procedimentos que implicaram no não recolhimento aos cofres públicos da diferença no valor da contrapartida, igual a R$ 595.000,00 (quinhentos e noventa e cinco mil reais), sem considerar a atualização do valor já pago pela Compromissária." (fls. 264/269 – 06/03/2008 - p. 7)

Sobre a defesa da Sra. Elizabeth Belllo

Preliminar de ilegitimidade de parte: "cabe razão a Sra. Elizabeth Bello, pois a certidão é um documento que deve expressar fielmente o contido no original, não cabendo imputar a ela responsabilidade pelas irregularidades apontadas, apenas por ela ter sido a signatária dos Despachos nº 241/2002/SEMPLA.G (fl. 140) e nº 209/2004/SEMPLA.G (fl. 218), os quais autorizaram a emissão das Certidões nº 24/02/SEMPLA –OUFL (fl. 141) e nº 27/04/SEMPLA – OUFL (fl. 219), respectivamente. Os teores dessas Certidões foram previamente aprovados pela CNLU, atual CTLU."(fl. 399 – 17/11/2011 - p.9)

No tocante às justificativas da SMDU

1 - Do cálculo do valor do benefício, segundo a manifestação de fls. 180 – 187 (Certidão nº 24/02/SEMPLA)

"Ao contrário do que afirma a Origem, não "... é irrelevante a discussão numérica da proporção apontada.".

Preliminarmente, cabe-nos destacar que a Avaliadora utilizou apenas o critério da valorização do terreno, pelo qual obteve o valor de R$ 1.237.000,00 para o Benefício Econômico (B) (fls. 57 e 103).

A partir disso, aplicou o percentual de redução K = 80% sobre o Benefício Econômico (B), resultando na Contrapartida financeira (C) de R$ 989.600,00 (= R$ 1.237.000,00 x 0,80) (fl. 103).

No entanto, a Avaliadora não calculou o Benefício (B) pelo critério do terreno virtual, previsto no Edital nº 01/95/Faria Lima.

Esse cálculo foi elaborado por técnico deste Tribunal, às fls. 186 - 187, com o qual concordamos e ratificamos, como sendo o mais justo e representativo.

Utilizando-se do critério do terreno virtual, determinou-se o valor de R$ 3.157.237,44 para o Benefício Econômico (B)."

"Não cabe à CNLU (atual CTLU) "legislar" ou "balizar interesses", visando viabilizar empreendimentos particulares.

Conforme já visto, a Lei nº 11.732/95 – OUFL é uma lei de ordem pública, cogente, que não admite transação, não só pelo Princípio Constitucional da Impessoalidade, como também pelo Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público."

2 - Da aplicação da Lei nº 11.732/95 ao pedido de alteração da proposta, segundo a manifestação de fls. 221 - 223. (Certidão nº 27/04/SEMPLA)

"Preliminarmente, é oportuno destacar que em nenhum momento apontamos sobre a ocorrência de ilegalidade na aprovação da alteração da Categoria de Uso "S2" para a Categoria de Uso "R3-01", e que deveria haver o pagamento de contrapartida por mudança de uso."

"Apontamos, isto sim, que a Contrapartida devida pelo potencial adicional de construção (aumento do coeficiente de aproveitamento) para o uso pleiteado (R3-01) deveria ser calculada pela legislação em vigor na data do pedido de alteração da Certidão, sendo paga a diferença entre o valor obtido pelo novo cálculo e aquele já pago anteriormente para o mesmo benefício concedido para a Categoria de Uso S2."

Conforme o exposto, a situação em análise é bastante clara e objetiva. De acordo com o fixado no art. 27 do Decreto Municipal nº 45.213/04, como a interessada apresentou o pedido de alteração da Certidão nº 24/02/SEMPLA – OUFL (2ª Proposta) já na vigência da Lei Municipal nº 13.871/04 e do Decreto acima citado, esse pedido de alteração deve ser regido por essa nova legislação, principalmente quanto ao cálculo da Contrapartida financeira.

Diante dos cálculos apresentados, ratificamos a conclusão acima transcrita, retificando o valor de "R$ 595.000,00" para "R$ 594.400,00.

3 - Da extemporaneidade da remessa da Relação dos Termos de Compromisso, segundo a manifestação de fls. 178 – 179

Diferentemente do que afirma a Origem, não há que se discutir se tal atraso, demonstrado pela cópia do Ofício nº 015/2003/SEMPLA.G (fl. 04), foi ou não obstáculo aos trabalhos da Auditoria Técnica desta Corte de Contas. O que se discute é o atendimento ou não à Resolução TCM 04/97, o que, de fato, não ocorreu. Portanto, consideramos não atendida esta disposição normativa.

Ao final, a **Auditoria** (fls. 395/408- 17/11/2011 – p.9) registrou que os "esclarecimentos apresentados em nada alteram as conclusões desta Coordenadoria V" e ratificou e reiterou "todas as análises expressas por esta Coordenadoria VI às fls. 180 - 187 (23.06.2004), fls. 220 - 220vº (11.07.2006), fls. 221 - 223vº (11.07.2006), fls. 224 - 226 (14.07.2006), fls. 227 - 229 (14.07.2006) e às fls. 264 - 269vº (05.03.2008), retificando o valor às fls. 223 e 269vº: onde se lê "R$595.000,00", leia-se "R$594.400,00"

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 273/275 e 412/415 – 13/04/2012) no tocante à responsabilidade pelos atos analisados, considerou responsável o Presidente da CNLU/CTLU, o qual tem atribuição de "apontar e sanar eventuais irregularidades e ilegalidades decorrentes da decisão colegiada, enquanto homologador da decisão proferida" (fl. 274) e por isso não pode ser imputada responsabilidade à Sra. Elizabeth Bello, apenas por ter sido a signatária dos despachos autorizadores de expedição das certidões, após passar pelo crivo da CNLU (fls. 414/415).

No que ser refere à análise realizada pela Auditoria, acompanhou o seu posicionamento quanto a questão da contrapartida, motivo pelo qual manteve seu entendimento quanto ao não acolhimento da Operação Urbana consubstanciada nas Certidões nºs 24/02 e 27/04.

A seu turno, o Assessor Subchefe de Controle Externo Substituto (fls. 416/419 – 04/05/2021) acrescentou que sendo considerado perfeito o ato da CNLU que autorizou a

alteração dos parâmetros urbanísticos, não se vislumbra responsabilidade do signatário do Termo de Compromisso que formalizou a proposta aprovada. Ademais, tratando-se de decisão colegiada, a participação de cada membro deve ser avaliada.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fls. 278/280 e 421/447 – 21/06/2012), lastreada nos esclarecimentos e justificativas técnicas fornecidos pela Origem, opinou pela regularidade formal do ajuste sob exame e, posteriormente, (fls. 459/469), a título de aditamento às razões de defesa, apresentou "*considerações complementares acerca da matéria aqui examinada*", aduzindo em suma que, "*durante toda a vigência da Lei nº 11.735/95, até 2004, a postura da Administração foi mantida, sempre apoiada no entendimento dos técnicos que ajudaram na elaboração do texto legal, no sentido das restrições do artigo 15 não se aplicarem às áreas indiretamente beneficiadas.*"

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** – **AJCE** (fls. 471/481 – 17/07/2014), em relação ao adendo da defesa apresentado pelo Órgão Fazendário, observou tratar de matéria relativa ao emprego da "Fórmula de Adiron" aos imóveis em áreas indiretamente beneficiadas da Operação Urbana Faria Lima, questão não abordada no caso em exame, conforme verificado nos achados da Auditoria, de modo que em nada interfere nas conclusões expendidas nos autos, motivo pela qual ratificou na íntegra os termos de seu parecer de fls. 416-419.

Sobre o acrescido, a Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 483 – 22/07/2014) reiterou suas manifestações anteriores propugnando pela regularidade da Operação Urbana analisada nestes autos, acrescentando o pleito alternativa de aceitação dos efeitos financeiros e patrimoniais decorrentes, em atenção ao princípio da segurança jurídica no tempo.

A **Secretaria Geral** (fls. 485/491 – 22/09/2014), com relação à responsabilidade pelas irregularidades apuradas, corroborou o entendimento da Assessoria Jurídica quanto à apuração da participação de cada um para a formação dos atos deliberados coletivamente, cuja irregularidade restou demonstrada pela Auditoria ao examinar os seus aspectos econômicos e financeiros, que resultaram em prejuízo ao Erário, cuja recomposição deve ser buscada.

O Senhor Secretário Geral acompanhou o parecer da Assessora preopinante, no sentido do não acolhimento da Operação Urbana ora em análise e destacou a ponderação acerca da possibilidade de aplicação do princípio da segurança jurídica ao caso concreto, visando à preservação dos efeitos concretos, em especial para o fim de estabilizar as relações jurídicas decorrentes da Operação Urbana em foco.

Em 07/06/2023, foi publicada por este Tribunal de Contas do Município de São Paulo a Resolução nº 10/2023 que disciplinou o instituto da prescrição no âmbito desta Corte, seguindo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, firmados nos Temas 666, 897 e 889 de repercussão geral.

Em face desta normatização, tornou-se *direito subjetivo* do interessado responsável pleitear o reconhecimento da prescrição de pretensão punitiva ou ressarcitória deste Tribunal que, inclusive, pode ser também aferida de ofício em qualquer fase do processo.

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer (peça 22), entendendo que incorreu a prescrição, no que foi acompanhada pela Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral (peças 24 e 26).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de análise do reconhecimento da prescrição ocorrida no presente feito que cuida da análise das **Certidões 24/02/SEMPLA e 27/04/SEMPLA**, relativas à Proposta de participação na Operação Urbana Faria Lima, que recebeu o nº 182-FLI, formulada pelas empresas **Plano e Plano Construções Ltda.,** Rofer Administração e Construções Ltda., Uptown Empreendimentos e Participações Ltda., e WJ Solis Incorporações S/C Ltda., pela qual pleitearam a alteração de índices e características de uso e ocupação do solo nos imóveis localizados nesta Capital na Rua Tavares Cabral nºs 173 a 209, com base na Lei Municipal nº 11.732/95.

Ensina a Professora Maria Helena Diniz que a prescrição é um **fato jurídico *stricto sensu***, independente de vontade humana:

> "*Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos.*"[1]

Expande Flávio Tartuce que na "*prescrição ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo*."[2]

[1] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[2] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.

Explica o Ministro Edson Fachin no seu voto durante o julgamento do tema 897 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal que:

> *"Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. Bem por isso, a regra geral no ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado."*[3]

No tema da prescrição das pretensões do Tribunais de Contas explicava Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em 2016 que "*conquanto o dever de ressarcir o erário possa ser imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição.*"[4] Todavia, observava Jacoby Fernandes que a temática da prescrição deveria idealmente estar prevista em Lei, entretanto, sem legislação, deve ser aplicado o instituto por analogia:

> *"À primeira vista, seria necessária legislação especifica para regular o tema. O recurso à analogia deve se fazer, preferencialmente entre normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)"*[5]

Historicamente no tema a jurisprudência do Tribunal de Contas da União era firme no sentido de que não se aplicava o instituto da prescrição nas pretensões ressarcitória de suas tomadas de contas especial, em razão da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário:

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)
>
> "*Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as*

[3] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.
[4] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[5] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

> *ações de ressarcimento ao erário*." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

Este posicionamento, inclusive já havia sido referendado pelo Supremo Tribunal Federal na época:

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1.* ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário.*** *2. Agravo regimental desprovido*". (RE 578.428, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 28.6.2011, grifo nosso)

Não obstante este entendimento, interessante pontuar que o TCU no art. 6º, inciso II, da instrução Normativa TCU º 71/2012, dispôs que ficava dispensada a instauração da tomada de contas especial na hipótese houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

Quanto a prescrição das pretensões de natureza sancionatórias, como a de multa, o Tribunal de Contas da União aplicava por analogia as disposições da prescrição decenal do Código Civil.

> "*A prescrição para aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do TCU regula-se pelo prazo vintenário do antigo código civil ou decenário, para o vigente, contada somente após a sua constituição, ou seja, após a publicação do acórdão condenatório, e não desde o fato gerador.*" (Acórdão 771/2010-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*Na ausência de prazo prescricional específico para o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, aplica-se aos processos de controle externo o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.*" (Acórdão 670/2013-Segunda Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Ao aplicar o prazo geral prescricional do Código Civil o Tribunal de Contas mantinha claro que a matéria era sujeita a reserva legal, todavia não havia lei especifica:

> "*A regra de prescrição para o exercício do poder punitivo pelo TCU é matéria sujeita à reserva legal, para a qual ainda não há lei específica. Diante da lacuna na Lei 8.443/1992, aplica-se aos processos de controle externo o prazo geral previsto no Código Civil, não o da Lei 9.873/1999, porquanto a atividade judicante do Tribunal não tem como fundamento o exercício do poder de polícia.*" (Acórdão 1683/2013-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*As regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal. Em sua ausência, adota-se as regras do prazo decenal do Código Civil*." (Acórdão 5920/2013-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[6], 897[7], 899[8] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

O §5º, do art. 37, da Constituição Federal prevê que "*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***." (grifos nossos)

No tema 666 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, não obstante não ter entrado no mérito de ações do Tribunais de Contas, discutiu o alcance da última disposição da norma constitucional citada acima. O relator do caso, o Emérito Ministro Teori Zavascki, entendeu em seu voto vencedor que:

> "*Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra **a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de***

[6] *É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil*
[7] *São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*
[8] *É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*

> ***ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais***." (RE 669069, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016, grifos nossos.)

Como pode ser visto o Plenário do STF por maioria (vencido o Ministro Edson Fachin) decidiu que a disposição final do §5º, do art. 37, da Carta Magna tem alcance limitado para apenas as ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais. Ou seja, por interpretação não alcança pretensões dos Tribunais de Contas.

Esta tese foi reforçada no julgamento do tema 897 em que foi firmado após debate do plenário a tese do voto divergente vencedor do Ministro Edson Fachin de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. O debate do Plenário se revolveu na questão trazida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que questionou como que a ação de ressarcimento de um ato improbo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato improbo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

> "*Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos,* ***entendo que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos (sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), ao contrário de favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica****. O comando constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo.*" (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 08; p. 44 do Acórdão, grifos nosso)

Finalmente no julgamento do Tema 899 o Plenário do Excelso Pretório enfrentou a questão da prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Tribunal de Contas, decidindo por unanimidade que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas. Conforme o Ministro Relator Alexandre de Moraes, as decisões dos temas anteriores 666 e 897 levaram a seguinte conclusão:

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive***

> ***àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública****. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

Antes do julgamento do tema 899 em 24/06/2020 o Tribunal de Contas da União entendia que o disposto no tema 666 não aplicava a suas pretensões ressarcitórias:

> "*O reconhecimento da prescrição de ações de ressarcimento ao erário no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG (Repercussão Geral 666) não atinge os processos de controle externo, uma vez que a decisão do STF se aplica apenas a ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, ou seja, circunscreve-se à prática de atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado.*" (Acórdão 2469/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade.)

Este entendimento não pode se manter, todavia, após a decisão concretizada no tema 899.

Embora tenha sido firmado inequivocamente a prescritibilidade das ações de ressarcimento, ainda existia o problema de ausência de prazo legal. O Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do Tema 899 adentrou nesta questão entendendo que:

> "*Por conseguinte, há, em regra, prazos quinquenais diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário: fase administrativo-fiscalizatória (prazo decadencial ou prescricional punitivo) e fase executória (prazo prescricional próprio), observadas as causas suspensivas ou interruptivas dos cômputos.*" (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO

GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Gilmar Mendes, p.25; p. 53 do Acórdão. Grifos nossos.)

Todavia, após esta manifestação o Ministro Roberto Barroso interviu argumentando que a questão do prazo aplicável não era pertinente a matéria em discussão que se limitava a questão da prescritibilidade.

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[9], com efeito *erga omnes,* que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

Antes da referida ADI a jurisprudência do STF já vinha se posicionando neste sentido como pode se verificar dos precedentes colacionados abaixo:

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).
>
> "(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação**

[9] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL DE ALCANCE DA CLÁUSULA DE IMPRESCRITIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-C, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. OFENSA AO ART. 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Na ausência de regra expressa para o modelo federal, tem os Estados competência para suplementar o modelo constitucional de controle externo. 2. O Plenário deste Tribunal consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos "atos dolosos de improbidade administrativa". É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

> **civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)
>
> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

Inclusive no que tangia a aplicação das causas interruptivas da mesma Lei Federal:

> "*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 2°, II, DA LEI 9.873/1999. ATO INEQUÍVOCO DE APURAÇÃO DO FATO. DISCUSSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos****. II – Aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se que a pretensão sancionatória do TCU, em relação aos atos praticados pelo impetrante, levandose em consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.*** *III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado. IV - Agravo regimental a que se nega provimento*." (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

Na ADI º5.509, como pode ser visto pelo Voto Relator do Ministro Edson Fachin, foi decidido que:

> "*Com fundamento nesses precedentes, é possível, portanto, sintetizar a orientação aplicável para a fixação e a contagem dos prazos prescricionais das ações de competência do Tribunal de Contas. A atividade de controle externo equipara-se, para fins de contagem do prazo prescricional, ao poder de polícia do Estado e, como tal, nos termos do art. 1º da Lei 9.873, de 1999, "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor,*

> *contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado*"." (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022. Voto Relator Ministro Edson Fachin p. 16, Acórdão p. 24)

Perante esta consolidação do entendimento jurisprudencial do STF o TCU resolveu normatizar em 11/10/2022 a Resolução nº 344/2022, que disciplinou o instituto da prescrição na Corte considerando expressamente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no Recurso Extraordinário nº 636.886 (tema 899 da Repercussão Geral) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509.

Subsequentemente a normatização do TCU, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) publicou nota em 24/04/2023 conjuntamente com o Instituto Rui Barbosa (IRB), o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC) e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM), recomendando que os demais Tribunais de Contas também normatizassem a questão da prescrição e decadência.

Seguindo a jurisprudência do STF, o exemplo do TCU com a sua Resolução 344/2022 e a Nota Recomendatória nº 02/2023 do Conjunto Atricon-IRB-Abracom-CNPTC, este TCMSP, em 07/06/2023, normatizou a Resolução nº 10/2023 que disciplina o instituto da prescrição nesta Corte.

Citada Resolução desta Corte de Contas Municipal acompanha o modelo da Resolução do TCU e o entendimento do STF ao expor em seu art. 1º que:

> ***"Art. 1º** A prescrição nos processos de controle externo, em curso no Tribunal de Contas do Município de São Paulo, observará o disposto na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, na forma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509, e regulamentada por esta resolução, exceto os de apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões."*

Pois bem. Vigente a resolução normatizando a prescrição nesta Corte se tornou obrigatório analisar se os processos que tramitam em sua jurisdição estão prescritos.

Mencionada obrigação deve ser cumprida independente do momento processual, dado a natureza de matéria de ordem pública da prescrição, exceto os que já estão transitados em julgado (regra do art. 17 da Resolução TCMSP nº 10/2023), de acordo com o que já firmou a jurisprudência do TCU:

> "*O fato de o responsável ter suscitado a ocorrência de prescrição apenas em sede de embargos de declaração não impede o TCU de examiná-la, uma vez que, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser aferida em todos os processos em tramitação no TCU, à exceção daqueles já remetidos aos órgãos ou*

> *entidades competentes para cobrança judicial (art. 10 da Resolução TCU 344/2022) ou para os quais já tenha ocorrido o trânsito em julgado no TCU até a data de publicação da mencionada resolução (art. 18).”* (Acórdão 23/2023-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Complementarmente, por ser, reitera-se, matéria de ordem pública, o TCU também já se posicionou que a matéria da prescrição pode ser revista de ofício até em casos em que já houve decisão a negando anterior a entrada da resolução normativa:

> “A ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória do TCU, matéria de ordem pública, pode ser revista de ofício em sede de embargos de declaração, mesmo que já tenha sido devidamente enfrentada na decisão recorrida, se esta foi proferida anteriormente à edição da Resolução TCU 344/2022, que regulamentou a matéria no âmbito do Tribunal.” (Acórdão 727/2023-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Revisão de ofício | SUBTEMA: Matéria de ordem pública.)
>
> A aprovação da Resolução TCU 344/2022, que regulamenta, no âmbito do Tribunal, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, constitui fato superveniente que autoriza o exame de ofício da incidência da prescrição em sede de embargos de declaração, mesmo que essa questão já tenha sido expressamente analisada, sob a égide do entendimento anterior à resolução, na decisão embargada, por se tratar de matéria de ordem pública.(Acórdão 2971/2023-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Feito estas considerações gerais acerca do histórico e consolidação do instituto da prescrição nos Tribunais de Contas é caso de analisar o caso concreto.

No que tange ao caso em tela, devem ser identificados primeiramente os marcos temporais em que pretensamente ocorreu decurso do lapso temporal prescricional.

O marco temporal apontado é a Manifestação da Coordenadoria VI após respostas da Origem e dos interessados, em 08.08.06, peça 6.

Verifica-se que, o marco temporal apontado ocorreu na data 08.08.06 com a assinatura do ato. Evidentemente, desde o marco temporal apontado decorreu o prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no artigo 2º da referida Resolução sem a ocorrência de causas suspensivas ou interruptivas.

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, entendo ser caso de extinção do processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo

único[10] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[11] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[12] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[13] do mesmo diploma legal.

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, julgo **extinto o processo** com resolução de mérito**,** nos termos do artigo 12, parágrafo único da mesma.

DETERMINO o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada às Operações Urbanas, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Cumpridas as formalidades legais, arquive-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

[10] Na hipótese de decisão ou deliberação pela não continuidade do processo, mediante fundamentação, o processo será extinto por decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno.

[11] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.
[12] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
(...)
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
[13] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 19/10/2023 14:48:00 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 01/2004

DECLARAÇÃO DE VOTO

Relativamente à matéria ora em julgamento me parece oportuno elucidar primeiramente a eventual incidência prescricional nos autos, ante a evolução do assunto no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Contas da União e neste Tribunal de Contas do Município.

É fato que durante muito tempo o tema da prescrição foi objeto de diversos entendimentos e interpretações no âmbito dos Tribunais de Contas no país, sendo possível afirmar que no próprio Tribunal de Contas da União havia quem defendesse o prazo de 5 anos para efeito da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, sendo também conhecidos entendimentos que defendiam o prazo de 10 anos e inclusive os que defendiam a imprescritibilidade da ação fiscalizatória do órgão.

Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma regra específica para disciplinar o instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas.

Diante do aprofundamento dos estudos, o Supremo Tribunal Federal, após apreciação do Recurso Extraordinário 636.886, firmou o entendimento

quanto ao TEMA 899 com o seguinte teor: "**É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas**".

O que se verifica deste julgamento é que o reconhecimento da imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário somente seria possível quando fundadas em atos dolosos de improbidade administrativa, os quais, evidentemente, extrapolam a competência exercida pelos Tribunais de Contas.

A partir julgamento do Supremo Tribunal Federal, o assunto restou resolvido para as Cortes de Contas com a decretação da prescritibilidade da decisão do Tribunal de Contas, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal.

Evidente que a cobrança do crédito fiscal tem origem, em regra, numa sentença e, especificamente com relação ao Tribunal de Contas, num acórdão, que corresponde ao resultado da instrução processual, compatível com o processo de conhecimento no Poder Judiciário, onde ocorre a apreciação de todas as provas permitidas em lei e pelo regimento interno da instituição.

Com efeito, o grupo de estudo realizado acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição aos processos de controle externo em tramitação nesta Corte (eTCM nº 734/2014), ao analisar este tema, reforçou o pronunciamento

quanto ao Tema 899 no sentido de que **a prescrição nessa hipótese foi definida em 5 anos após o exaurimento da atividade de controle externo**.

Relativamente à instrução do processo no âmbito das Cortes de Contas, observo que, com o julgamento da ADI nº 5.509, o STF fixou o entendimento de que, na ausência de lei específica disciplinadora da temática prescricional nos processos de controle externo, deve ser aplicada a Lei nº 9.873/99, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

Assim, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a prescrição da pretensão condenatória, no âmbito dos Tribunais de Contas, deve ser regulada pela LF nº 9.873/1999, equiparando a atividade de controle externo ao poder de polícia para fins de contagem do prazo prescricional.

Diante do progresso da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União aprovou a Resolução 344, de 11 de outubro de 2022, regulamentando, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, disciplinando a incidência da Lei nº 8.973/99 aos processos daquela Corte de Contas.

Referida resolução regulamentou, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no prazo de cinco anos, contados dos termos iniciais elencados no art. 4º do supracitado normativo, considerando-se as causas de interrupção dispostas em seu art. 5º, que são as mesmas previstas na LF nº 9.873/99.

Na mesma linha de atuação do Tribunal de Contas da União, este Tribunal aprovou a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, que se prestou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito deste Egrégio Tribunal de Contas no prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitando-se, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º, além de se observar a hipótese de prescrição intercorrente estabelecida no art. 9º.

O que se verifica da análise jurisprudencial é que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Contas vêm reconhecendo o instituto da prescrição, valorizando, por consequência, o princípio da segurança jurídica, como um corolário do Estado Democrático de Direito.

Submetida a matéria ao crivo da Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta concluiu no sentido de que o presente processo restou fulminado pelo instituto da prescrição, no que foi acompanhada pelas manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e também da Secretaria Geral.

Diante de todo o exposto, acompanho o voto proferido pelo eminente Cons. Relator para conhecer dos trabalhos realizados nestes autos RECONHECENDO, quanto ao mérito, a incidência da prescrição nos presentes autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal, com a extinção do feito e seu correspondente arquivamento, por entender que em razão do tempo

transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, me parecendo adequado aplicar, ao presente caso, o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023.

Outrossim**,** acompanho a Determinação quanto ao encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, com posterior arquivamento dos autos após as demais comunicações de praxe.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 09/10/2023 12:11:22 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo