ACO-UTR-599/2023

Processo - TC/000003/2004
Procedência - Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão (atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento)
Compromissária - Ibisa Desenvolvimento e Comercialização de Empreendimento Imobiliário Ltda.
Termo de Compromisso 02/2001/Emurb
Certidões - 14/2002/Sempla e 02/19/SDMU/CTLU
Objeto - Operação Urbana Faria Lima nº 139/FL

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. TERMO DE COMPROMISSO. CERTIDÕES. SMUL. Operação Urbana Faria Lima. 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, I, 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, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, e julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 12, parágrafo único do mesmo diploma legal.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento do relatório, 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 objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, com posterior 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

/hc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 14/11/2023 15:38:16 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 16/11/2023 11:41:44 -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 0003/2004 Análise

Objeto: Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão (atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento) e TPA12 – Empreendimento Imobiliário SPE Ltda. - Certidão 12/13/SMDU/CTLU R$ 11.140.917,99 - Proposta de Operação Urbana Centro, que tem como interessado [redacted] e outros, representados pela empresa TPA 12 – Empreendimento Imobiliário SPE Ltda.
Interessadas: Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise das **Certidões nºs 14/02/SEMPLA e 02/19/SMDU/CTLU**, relativas à Proposta de participação na Operação Urbana Faria Lima, que recebeu o nº 139-FL, formulada pela empresa IBISA - Desenvolvimento e Comercialização de Empreendimentos Imobiliários Ltda., pela qual pleiteou a alteração de índices e características de uso e ocupação do solo nos imóveis localizados nesta Capital na dos imóveis localizados nesta Capital na confluência da Av. Brigadeiro Faria Lima x Av. Juscelino Kubitscheck x R. Miriti e R. Lício Nogueira, com base na Lei Municipal nº 11.732/95.

Recebendo a referida Proposta o parecer favorável do Grupo de Trabalho – GT-Faria Lima (30/10/2000 - fl. 33 ou pg. 37 da peça 21), a SEMPLA elaborou o "Relatório de Cálculo da Contrapartida", apurando o valor de **R$ 8.024.050,00** (oito milhões vinte e quatro mil e cinquenta reais) para a área adicional de 15.518,19m² (quinze mil quinhentos e dezoito vírgula dezenove metros quadrados), em 10/11/2020 (fls. 41/44 ou pg. 45/48 da peça 21), com o qual concordou a empresa Proponente, em 14/11/2000 (fls. 48/49 ou pgs. 52/53).

Na sequência, em 29/11/2000, a citada empresa requereu o benefício previsto no inciso I do art. 14 da referida LM 11.732/95 e obteve a concessão gratuita de incentivo de 20% em área de construção computável, equivalente a 656,88m², reduzindo-se a área adicional para 14.861,31m² e, consequentemente, o valor da contrapartida para **R$ 7.695.610,00** (sete milhões seiscentos e noventa e cinco mil seiscentos e dez reais) (folhas 56/60 ou pg. 61/65 da peça 21).

A Comissão Normativa de Legislação Urbanística – CNLU deliberou pela aprovação da Proposta nos termos do Pronunciamento SEMPLA/CNLU 1472/2000 do qual decorreu o Despacho Sempla.CNLU/907/2000, publicado em 09/12/2000 (30/11/2000 - fls. 68/76 ou pg. 68/81 da peça 21), motivo pelo qual oficiou-se a Proponente para ciência da planilha

de pagamento das parcelas da contrapartida, vencendo a parcela inicial de 15% em 22/12/2000, bem como para solicitação de documentos (fls. 73/84 ou pg. 82/93).

Uma vez verificado que a Proponente não realizou o depósito inicial, foi-lhe concedido o prazo de 5 dias para efetuá-lo, sob pena de indeferimento do pedido da operação urbana, por abandono, conforme despacho publicado em 29/12/2000 (fls. 85/86 ou pg. 94/95 da peça 21).

Em resposta, a empresa Interessada apresentou requerimento de 04/01/2001, pelo qual solicitou a suspensão da contrapartida financeira, sob a alegação de ajustes no projeto do processo em tela, que poderiam levar a alterações no cálculo correspondente, cujas definições seriam concluídas com brevidade e imediatamente submetidas à análise da SEMPLA, pleito esse autorizado em 09/01/2001 (fls. 87/91 ou 96/100).

Somente em 26/04/2001, após determinação da SEMPLA para a apresentação das noticiadas modificações de projeto, em até 05 dias úteis sob pena de indeferimento e arquivamento da proposta de operação urbana, a empresa Ibisa manifestou-se e, alegando a impossibilidade de viabilizar as alterações pretendidas, solicitou o prosseguimento do processo nos termos em que já aprovado (fls. 92/93 ou pg. 101/102 da peça 21).

Publicada a autorização para a retomada do processo e do pagamento da contrapartida, verificou-se que até 16/07/2001 a Interessada não havia realizado sequer o pagamento da parcela inicial de 15% cabendo então à EMURB a responsabilidade por essa arrecadação (Portaria Intersecretarial 2/2001), que enviou à IBISA rol de providências e novo cronograma de pagamento, com prazo de vencimento da parcela de 15% em 13/08/2001 e as demais dez parcelas, nos meses subsequentes (fls. 98/108 ou fls. 108/120 da peça 21).

Após firmado o Termo de Compromisso nº 02/01/EMURB, de 21/05/2002, foi expedida a correspondente Certidão nº 14/02/SEMPLA, em 10/06/2002, por sua vez aditada para suprir omissão e fazer constar as obrigações da Interessada, conforme o termo de Aditamento nº 01, de 11/06/2002 e, posteriormente, com o efetivo pagamento das parcelas da contrapartida financeira, houve a expedição do competente Termo de Quitação (fls. 132/172 ou pgs. 146/189 da peça 21).

Em primeira manifestação, a **Subsecretaria de Controle Externo- SCE** (fls. 177/188 ou pgs. 195/215 – 06/05/2004) concluiu estar a Operação Urbana em análise, formalmente irregular, devido às seguintes constatações:

> *1 – Falta de "documentação e de análise referentes ao remembramento dos terrenos totalizando 3.284,4 m2, que propiciaram a redução do valor da contrapartida", solicitada pela Proponente com base no artigo 14, inciso I da Lei Municipal nº 11.732/95.*
>
> *2 – "Em face de pedido formulado em 04/01/01 (fl. 87) pela IBISA e acatado pela SEMPLA em 09/01/01 (fl. 91), que objetivava a readequação do projeto, o início do pagamento das contrapartidas foi retardado em 8 (oito) meses, de dezembro de 2000 a agosto de 2001. Quanto à readequação, tal não ocorreu".*

Por sua vez, a **Equipe de Engenharia**, ao analisar os benefícios econômicos e financeiros, consignou as seguintes irregularidades em sua conclusão:

"a) A outorga da dispensa de recuos de frente em uma área total em projeção de 529,91 m2 , para a Av. Juscelino Kubitschek (111,92 m2), para a Rua Lício Nogueira (240,89 m2) e Rua Miriti (177,10 m\ para a execução de pavimentos em subsolo destinados ao estacionamento de veículos, extrapola a legislação da Operação Urbana Faria Lima.

b) O valor da contrapartida, de R$ 264.955,00, calculado para remunerar a exceção referente à ocupação de recuos de frente em subsolo destinado a estacionamento de veículos (3 subsolos), não está compatível com a valorização obtida pelo terreno. Segundo demonstramos, essa contrapartida deveria ser de R$ R$ 397.435,00.

c) O valor da parcela da contrapartida, de C = R$ 7.695.610,00, referente ao aumento do coeficiente máximo de aproveitamento do lote, de 1,0 para 4,0 vezes a área do lote (área computável adicional de 15.518,19 m²), incorpora em seu cálculo a concessão de um incentivo, no valor de R$ 328.440,00, que, a nosso ver, foi concedido indevidamente, tendo em vista o disposto no inciso I do artigo 14 da Lei n° 11.732/95."

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 192/194 – 19/11/2004), entendeu que, a despeito da falha na instrução do processo administrativo, o incentivo concedido atende às disposições do artigo 14, inciso I, da Lei nº 11.732/95.

No entanto, entende que a Operação Urbana em questão foi processada de forma ilegal e lesiva aos cofres públicos ante à constatação da Auditoria, de "que a outorga da dispensa dos recuos de frente extrapola a legislação da Operação Urbana Faria Lima e que o valor da contrapartida calculado para remunerar essa exceção está subavaliado", motivos pelos quais opinou pelo seu não acolhimento.

Intimados o Signatário do Termo de Compromisso no exercício do cargo de Diretor Financeiro da EMURB (Sr. Luiz Afonso Simoens da Silva) e da Signatária de despachos emitidos pela SEMPLA, na qualidade de Presidente da CNLU (Sra. Heloísa Maria de Salles Penteado Proença), dentre outros atos analisados neste feito, ambos apresentaram razões de defesa cujas razões limitadas à arguição de ilegitimidade de parte (fls. 205/211 e 221/223 ou pgs. 244/250 e 278/290 da peça 21).

Ao analisar as razões dos Interessados a documentação acrescida, a **Subsecretaria de Controle Externo** (fls. 215/218 e 252/257 ou pgs. 258/262 e 307/317 - 10/12/2007), e em razão de não haver enfrentamento do mérito por parte dos Defendentes, ao final ratificou a conclusão de fls. 188/188v, ressaltando equívocos agora verificados nos atos analisados, a exemplo de a CNLU aprovar "aspectos urbanísticos e contrapartida diversos dos dados contidos no DESPACHO SEMPLA.CNLU/907/2000" e de numeração de documentos. Nessa oportunidade, observou que o art. 2º da Lei Federal nº 10.192/01 vedou a correção monetária, o que teria efeito sobre o cálculo do valor da contrapartida pago com atraso (fls. 216/217).

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 221/223 e 261/263 ou pgs. 268/270 e 325/327 da peça 21 – 30/06/2009), pronunciou-se acerca do acrescido aos autos e entendeu serem responsáveis ambos os Defendentes, por tratar-se de ato administrativo complexo, envolvendo tanto a CNLU quanto a EMURB, conforme estabelecido na Lei

11.732/95, então vigente e, quanto ao mérito, manteve seu posicionamento quanto à irregularidade da Operação Urbana Faria Lima consubstanciada no Termo de Compromisso n° 02/01/EMURB.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fls. 266/268 ou pgs. 333/335 – 17/07/2009) requereu o aprofundamento da instrução probatório com a ciência e manifestação da SEMPLA – Secretaria Municipal de Planejamento que, uma vez oficiada, informou que suas atribuições sobre as operações urbanas foram absorvidas pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, com a edição da Lei Municipal nº 14.879/2009, a qual manifestou-se às fls. 279/388 (ou até pg. 142 da peça 22).

A documentação enviada pela SMDU, busca demonstrar a regularidade da Operação Urbana, em sua totalidade, enquanto a **Auditoria**, em sua manifestação de fls. 409/413 (pg. 172/180 da peça 22 – 24/08/2012) entendeu nada esclarecerem sobre as questões de mérito por ela suscitas.

Nessa oportunidade, a Especializada reformou sua conclusão 2.2, quanto ao cálculo do benefício relativo à ocupação de recuos de frente em subsolo, por entender tratar-se de concessão ilegal, haja vista inexistir previsão na legislação própria, por isso não caber a adoção de cálculo para tal exceção e ratificou os demais apontamentos contidos na conclusão de fls. 188/188v.

A seu turno, a **Assessoria Jurídica** – AJCE (fls. 416/425 ou pgs. 186/196 da peça 22 – 24/08/2012) sintetizou as irregularidades inicialmente constatadas pela Auditoria e que ainda subsistem em suas análises posteriores:

" a) retardamento em 8 (oito) meses do início do pagamento da contrapartida, sem a readequação do valor estabelecido (item 11.4 de fls. 179); b) ausência de cobrança de multa em razão das parcelas pagas em atraso (item 11.10.h de fls. 180 e item 2 de fls. 216/217); c) dispensa inadequada de recuos no subsolo (item 2.1 de fls. 409vo/411VO); e d) concessão indevida de incentivo em área de construção computável (item 2.3 de fls. 412vo/413)."

Sobre os encargos da contrapartida paga com atraso, entende cabíveis tanto a multa quanto a correção monetária, por estarem previstas no Termo de Compromisso e decorrerem da mora do devedor e terem respaldo no art. 395 do Código Civil de 2002, por isso não incide a proibição contida na LF 10.192/2001.

No que tange à concessão de incentivo em área computável, previsto no art. 14 da LM 11.732/95, entende que os documentos acostados aos autos levam à conclusão de que os lotes observaram os limites referidos na lei, ressalvadas as limitações de ordem técnica quanto à matéria.

Relativamente à responsabilidade pela aprovação da proposta em apreço, a decisão coube à CNLU e seu membros respondem de acordo com sua participação individual, enquanto a atuação do Grupo de Trabalho tem natureza instrutória e opinativa e, por isso, em princípio, os respectivos integrantes não respondem pelo resultado do trabalho entregue.

O signatário do Termo de Compromisso responde pela gestão dos recursos e pela omissão de cláusula penal e correção monetária.

Ao final, concluiu pela "irregularidade da Operação Urbana que gerou o Termo de Compromisso nº 02/01 e respectivo Aditamento, diante do que segue: a) retardamento em 8 (oito) meses do início do pagamento da contrapartida, sem a readequação do valor estabelecido (item l1.4 de fls. 179); b) ausência de cobrança de multa - e correção monetária - em razão das parcelas pagas em atraso (item 11.10.h de fls. 180 e item 2 de fls. 216/217); e c) dispensa inadequada de recuos no subsolo (item 2.1 de fls. 409v/411v)".

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** requereu novas diligências junto à SMDU, à SPObras e aos Interessados sendo todos oficiados nos termos do despacho de fl. 437 (pg. 211 da peça 22).

Em resposta, encaminharam documentação os Srs. Luiz Afonso Simoens da Silva (fls. 458 a 466), Heloísa Maria de Salles Penteado Proença (fls. 468 a 477), a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano (fls. 478 a 487) e a São Paulo Urbanismo – SP Urbanismo (fls. 490/548), sucessora da EMURB em diversas atividades, dentre elas as operações urbanas.

A Equipe de Auditoria (fls. 560/564 ou pg. 45/54 da peça 23 – 12/06/2013), não identificou elementos capazes de alterar suas conclusões, fazendo as seguintes observações em relação às defesas:

1 - houve justificativa no tocante a parcelas da contrapartida previstas no posterior cronograma formulado pela EMURB, em 30/07/2001 (fl. 118), remanescendo a falta de cobrança de encargos para a 2ª parcela. Entretanto, a Especializada refere-se ao primeiro cronograma, elaborado pela SEPLAM em 30/11/2000 (fl. 74), por isso "cabe a cobrança das multas de mora acrescidas da atualização monetária para todas as parcelas", devido ao atraso de 8 meses para iniciar o pagamento;

2 – a suspensão do pagamento da contrapartida, a sua retomada e o prosseguimento do processo da operação urbana foram autorizadas no âmbito da SEMPLA, mas não pela CNLU, órgão com competência legal para a matéria.

Ao final conclui que as "conclusões anteriores permanecem válidas, quais sejam: Análise Formal, fls. 179-180 e Análise de mérito, fl. 188 e vº, alíneas "a" e "c"."

Nessa fase, a **Assessoria Jurídica** – AJCE manifestou-se às fls. 567/572 (pg. 59/65 da peça 23 – 18/10/2013) e, considerando os elementos supervenientes, opinou pelo não acolhimento da operação urbana em exame por remanescerem as seguintes irregularidades: "a) retardamento do início do pagamento da contrapartida; b) ausência de cobrança de multa em razão da segunda parcela segunda parcela; e c) dispensa inadequada de recuos no subsolo."

Na sequência a AJCE emitiu novo parecer (fls. 589/603 ou pg. 90/112 - 02/09/2014, devido ao aditamento de defesa apresentado pelo Órgão Fazendário acerca da adoção da Fórmula de Adiron (fls. 574/587) para as áreas indiretamente beneficiadas da Operação Urbana Faria Lima, matéria essa que não guarda relação com as constatações da Auditoria, nestes autos.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fl. 605 ou pg. 116 da peça 23 – 19/01/2015) deu-se por ciente do acrescido e reiterou seu pedido quanto à intimação da compromissária IBISA - Desenvolvimento e Comercialização de Empreendimento Imobiliário Ltda.

Ao pronunciar-se sobre a matéria em análise, a **Secretaria Geral** (fls. 607/614 ou pg. 120/127 – 20/07/2015) acompanhou a Assessoria Jurídica ao (i) reputar impertinente trazer a debate a questão da aplicação da Fórmula de Adiron, por não ter relação com as apurações da Auditoria; (ii) entender adequado o incentivo concedido à luz do inciso I, do artigo 14, da LM 11.732/95; (iii) entender que a responsabilidade recai sobre todos os membros da CTLU que contribuíram para a decisão colegiada e não só ao Presidente; e (iv) concordar que cabe sopesar a preservação dos efeitos concretos da operação urbana por razões de segurança jurídica.

Entretanto, entendeu ser irregular a Operação Urbana em exame, devido à concessão de benefício não previsto em lei, gerando valor subestimado da contrapartida, ao "retardamento de 08 (oito) meses do início do pagamento da contrapartida, sem a readequação do valor estabelecido e não houve cobrança de multa e correção monetária em razão das parcelas pagas em atraso, infringindo as previsões constantes nas cláusulas segunda e terceira do Termo de Compromisso", gerando flagrante prejuízo ao Erário e privilegiando o interesse particular, em detrimento do interesse público.

A **Subsecretaria de Controle Externo**, nesta fase, procedeu à juntada da documentação (fls. 615/663v ou pg. 129/225 da peça 23) correspondente à superveniente Certidão nº 02/19/SMDU/CTLU, expedida em 02/09/2019, que retifica parcialmente a Certidão nº 14/02/SEMPLA, em razão da exclusão da exigência de marquise obrigatória em toda a frente do lote, consignado que "ambas devem ser apresentadas conjuntamente".

A alteração aprovada, decorre da proposta apresentada pelo Condomínio Edifício Pedro Mariz.

A **AJCE** (fls. 666/667 – ou pg. 230/234 – 09/03/2020) opinou no sentido da necessidade de prévia análise técnica por parte da Equipe Auditora e posterior oitiva da Beneficiária.

A **Auditoria** (fls.670/684 ou pg. 238/252 da peça 23 – 04/12/2020), ao analisar a Certidão retificadora concluiu:

> *"3.1. Com relação às irregularidades apontadas por esta Auditoria em seus relatórios precedentes, quando da análise da primeira Certidão nº 14/02/SEMPLA – OUFL (fls. 140/142), salienta-se que ainda restam pendentes: do Relatório de Análise Formal (fl. 180 - subitem 10.h), do Relatório de Análise de Mérito (fls. 188/188vº - alíneas "a", "b" e "c") e na manifestação sobre os esclarecimentos prestados pela Origem (fl. 413 – que reformou a alínea "b" da conclusão anterior, à fl. 188), cujos termos são ora reiterados e ratificados na íntegra (tópico 1 do subitem 2.2.3.).*
>
> *3.2. Conforme aludido pelo representante do "Condomínio Edifício Pedro Mariz", este prevê um "aumento de área". Tal propositura é descabida, uma vez que a área computável adicional de construção restou esgotada quando da aprovação da Proposta nº 139-FL (tópico 2 do subitem 2.2.3.).*
>
> *3.3. A Certidão nº 02/19/SMDU/CTLU – OUFL (fl. 662) retificou parcialmente a primeira Certidão nº 14/02/SEMPLA – OUFL (fls. 140/142), alterando-a exclusivamente com relação ao subitem "1.j." desse documento, que, à luz*

da nova legislação da OUCFL permitiu-se a retirada da marquise, elemento arquitetônico antes obrigatório (tópicos 3 e 4 do subitem 2.2.3.).
3.4. As leis de operações urbanas devem ser interpretadas restritivamente, e sendo assim, enfatiza-se que deverão permanecer inalteradas todas as demais disposições gravadas na Certidão nº 14/02/SEMPLA – OUFL (tópico 4 do subitem 2.2.3.).
Por fim, alerta-se aqui que a permissividade aprovada na Certidão em análise também não pode vir a regularizar as irregularidades ainda existentes quando da aprovação da Proposta nº 139-FL pela CNLU (atual CTLU), deixando de o serem a partir do momento da vigência da nova legislação da OUCFL (tópico 5 do subitem 2.2.3.).”

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peças 25/26 – 17/09/2021), ao examinar a Certidão nº 02/19/SMDU/CTLU considerou que a retificação se limitou a excluir a obrigatoriedade da marquise, matéria sobre a qual o Órgão Técnico não apontou questionamento, acrescido do fato de não vislumbrar inconformidade no fato de o Condomínio pleitear a alteração e não a empresa Beneficiária.

Por essas razões entendeu pela inexistência de irregularidade quanto a esse item, diferentemente do pretendido aumento de área, que ser vier a ser autorizado será irregular.

No entanto, por entender subsistentes os demais apontamentos em relação à proposta de participação na Operação Urbana Faria Lima, aqui examinada, reiterou o parecer quanto à sua irregularidade, com destaque para o fato de a proponente Ibisa não ter sido intimada neste processo.

A empresa Ibisa Desenvolvimento e Comercialização de Empreendimentos Imobiliários Ltda. foi intimada mediante publicação no Diário Oficial da Cidade de São Paulo de 27/10/2021, em virtude da devolução da intimação, via postal, por mudança de endereço. Contudo, deixou transcorrer “in albis” o prazo regimental (peças 27/35).

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 38 – 03/02/2022), lastreada nos esclarecimentos e justificativas técnicas fornecidos pelos Órgãos da Administração Municipal e considerando a matéria em discussão de alta complexidade, encerrando questões técnicas e polêmicas, entendeu legítimos os atos praticados, motivos pelos quais requereu o acolhimento da Operação Urbana em exame e, subsidiariamente, a aceitação dos efeitos jurídicos projetados no tempo, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e ausência de dolo ou má fé ou prejuízo ao Erário.

A **Secretaria Geral** (peças 40/41 – 25/05/2022), ressaltou que “a Certidão retificadora em nada altera as conclusões anteriormente alcançadas pela Equipe de Fiscalização, pois não foram trazidos elementos novos e hábeis para sanar ou justificar as irregularidades encontradas desde o primeiro relatório e mantidas durante toda instrução”

Assim também entendendo, reiterando seu parecer de fls. 607/614, opinou pelo “não acolhimento do Termo de Compromisso nº 02/01/EMURB - Operação Urbana Faria Lima, firmado entre a Prefeitura do Município de São Paulo - PMSP, através da Empresa Municipal de Urbanização - EMURB como Interveniente e a Compromissária IBISA - Desenvolvimento e Comercialização de Empreendimento Imobiliário LTDA.

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 45), entendendo que incorreu a prescrição; na mesma linha seguiu a Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral (peças 47 e 48).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de análise do reconhecimento da prescrição ocorrida no presente feito da análise das **Certidões nºs 14/02/SEMPLA e 02/19/SMDU/CTLU**, relativas à Proposta de participação na Operação Urbana Faria Lima, que recebeu o nº 139-FL, formulada pela empresa IBISA - Desenvolvimento e Comercialização de Empreendimentos Imobiliários Ltda.

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]

[1] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.

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]

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*

---

[2] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[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 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.)

---

[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*

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 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

[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)

> 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 Auditoria acostada na peça 3.

Verifica-se que, o marco temporal apontado ocorreu na data 07.07.06, com a assinatura do ato, de acordo com a peça 3. 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 14:44:06 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 03/2004

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: 10/10/2023 13:50:05 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo