ACO-UTR-525/2023

Processo	-	TC/001443/2014
Procedência	-	Secretaria Municipal de Planejamento (atual Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano)/Secretaria Municipal de Licenciamento (atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento)
Interessada	-	Windsor Investimentos Imobiliários Ltda.
Certidão	-	20/13/SMDU/CTLU
Objeto	-	Proposta de Operação Urbana Água Branca AB 097/2013, visando à construção de um empreendimento de uso misto, enquadrado nas subcategorias de uso residencial – R2v e Não residencial nRl/ nR3, em zona de uso LA ZM3a/09, mediante a concessão dos benefícios urbanísticos previstos na referida Operação – Operação Urbana Água Branca

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. CERTIDÃO. SMDU. SMUL. Operação Urbana Água Branca. Construção de empreendimento de uso misto. 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, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, bem julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 12, parágrafo único da mesma Resolução.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópias do relatório, voto 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 artigo 13 da Resolução 10/2023.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento destes 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

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 10/11/2023 09:26:57 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:48:55 -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 1443/2014 Análise

Objeto: Secretaria Municipal de Planejamento (atual Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano) /Secretaria Municipal de Licenciamento (atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento) e Windsor Investimentos Imobiliários Ltda. - Proposta de Operação Urbana Água Branca AB nº 097/2013 - Certidão 20/13/SMDU/CTLU, visando a construção de um empreendimento de uso misto, enquadrado nas subcategorias de uso residencial- R2v e Não residencial nRl/ nR3, em zona de uso LA ZM3a/09, mediante a concessão dos benefícios urbanísticos previstos na referida Operação - Operação Urbana Água Branca (CAV)

Interessadas: Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise da **Certidão nº 20/13/**SMDU/CTLU relativa à Proposta de participação na Operação Urbana Água Branca, nºAB-097/2013, formulada por **Windsor Investimentos Imobiliários Ltda.,** pela qual pleiteou a alteração de índices e ocupação do solo no imóvel localizado nesta Capital na Avenida Marquês de São Vicente 2353 esquina com Av. Nicolas Boher, Quadra E, Lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9, com amparo na Lei Municipal nº 11.774/95.

A referida Proposta recebeu o parecer favorável do Grupo de Trabalho Intersecretarial – GTI (peça 35 - fls. 138/139 – 18/07/2013), seguindo para a Câmara Técnica de Legislação Urbanística – CTLU, onde foi aprovada, em 22/08/2013 (peça 35 -fls. 148/150), gerando a contrapartida financeira no valor de **R$ 60.326.566,94** (sessenta milhões trezentos e vinte e seis mil quinhentos e sessenta e seis reais e noventa e quatro centavos - data base junho/2013), a ser paga pela Proponente.

Uma vez ocorrido o pagamento a vista do valor integral da contrapartida e emitido o correspondente Termo de Quitação, pela SP Urbanismo (peça 35 - fl. 166 – 11/10/2013), houve a expedição da **Certidão nº 20/13/SMDU/CTLU** (peça 35 - fls. 169/170), contendo os novos parâmetros aprovados e permitidos pela Operação Água Branca, para a construção de um empreendimento de uso misto, enquadrado nas subcategorias de uso Residencial - R2v e Não Residenciais – nR1 / nR3, conforme projeto apresentado pela Interessada.

Ao analisar a Operação Urbana em foco, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle - SFC** (peça 35 - fls. 188/210 – 25/07/2014 e peça 2) identificou as seguintes inconformidades no processo de sua aprovação:

> *"**6.1** - Quanto às exceções à Lei de Zoneamento, o benefício da área de fruição pública, consentido e aprovado pela CTLU, o qual consiste na concessão gratuita de área computável equivalente a 50% da área coberta destinada à circulação de pedestres entre as vias no pavimento térreo, previsto no inciso II do artigo 195 da Lei Municipal nº 13.885/2004 (Lei de Zoneamento), inexiste como exceção à legislação de zoneamento passível de ser concedido, à interessada, por meio da Lei Municipal nº 11.774/95 – OUAB.*
>
> *Com isso, a área construída computável adicional sofreu um abatimento de 513,01m2 (= 0,50 x 1.026,02m2) resultando em 52.097,33m2 (aprovados pela CTLU) ao invés dos 52.610,34m2 , que é a área necessária de terreno virtual regulamentada e permitida pela Lei Municipal nº 11.774/95 – OUAB, sujeita ao pagamento de Contrapartida financeira (subitem 5.1.2, letra "b").*
>
> ***Responsáveis pela aprovação da proposta de participação na OUAB nº AB-097/2013:** Presidente da CTLU e demais membros da CTLU com direito a voto na 8ª Reunião Extraordinária de 22.08.2013 (fls. 177 - 185).*
>
> ***6.2** - Com relação ao Laudo de Avaliação de nº 11.997/2013 (fls. 71 - 119), aqui analisado, concluímos que não foram respeitadas integralmente as recomendações e/ou determinações das Normas Técnicas Brasileiras de Avaliações (ABNT e IBAPE/SP) quando da aplicação do Método Comparativo Direto de Dados de Mercado (subitem 5.2).*
>
> *Tais procedimentos, equivocados em relação aos recomendados pelas Normas Técnicas vigentes, resultaram num valor unitário de terreno (vt1 = vut = R$ 1.838,03/m2 , para a data-base de 17.06.2013), comprometido e/ou subestimado, em função da utilização de uma amostra (pesquisa imobiliária) não condizente com as características extrínsecas e intrínsecas relativas ao imóvel avaliando, dentre outros diversos fatores envolvidos na determinação do Valor de Mercado (subitens 5.2.2, 5.2.3 e 5.2.4).*
>
> *Há evidências que o valor unitário de terreno está subestimado, conforme se observa na matéria publicada pelo Jornal "Folha de São Paulo", em 31.07.2011 (fl. 186), a qual relata que o Valor de Mercado já alcançava vt1 = vut = R$ 3.500,00/m2 no mercado imobiliário local à época (subitem 5.2.4).*
>
> ***Responsável pela análise e aceitação do Laudo de Avaliação**: Angela dos Santos Silva - Analista de desenvolvimento da SP – Urbanismo (fls. 122 - 123).*
>
> ***6.3** - Como decorrência das irregularidades constatadas na avaliação do valor unitário do terreno, concluímos que a Contrapartida financeira, paga pela interessada (C = R$ 60.326.566,94), está subestimada (subitens 5.3.1 e 5.3.2). **Responsáveis pela aprovação da proposta de participação na OUAB***

nº AB-097/2013: *Presidente da CTLU e demais membros da CTLU com direito a voto na 8ª Reunião Extraordinária de 22.08.2013 (fls. 177 - 185).*

6.4 *- A aplicação do fator de redução do valor da Contrapartida utilizado pelo avaliador (no Laudo de Avaliação), pela SP – Urbanismo (na análise da Proposta) e pela CTLU (na aprovação da Proposta), por meio de Resolução, não aprovado por Lei, ofende aos Princípios Constitucionais da Legalidade e da Impessoalidade previstos no artigo 37 da Constituição Federal (subitem 5.3.3). Responsáveis pela aprovação da proposta de participação na OUAB nº AB-097/2013: Presidente da CTLU e demais membros da CTLU com direito a voto na 8ª Reunião Extraordinária de 22.08.2013 (fls. 177 - 185).*

6.5 *- As anuências a serem concedidas pelos seguintes Órgãos de Licenciamento quanto à implantação do projeto, no caso: a SMT / CET (subitem 5.4.1), o IV COMAR (subitem 5.4.2) e a SVMA no caso do Laudo Técnico de Avaliação de Risco Ambiental (subitem 5.4.3), deveriam ocorrer antes da aprovação da proposta pela CTLU, haja vista que a existência de qualquer fato impeditivo poderia tornar o empreendimento inviável, com a necessidade de devolução da Contrapartida financeira e demais providências cabíveis. No caso da anuência da SVMA, infringiu-se o disposto no § 5º do art. 13 da Lei Municipal nº 11.774/95 – OUAB (subitem 5.4.3).*

Responsáveis pela aprovação da proposta de participação na OUAB nº AB-097/2013: *Presidente da CTLU e demais membros da CTLU com direito a voto na 8ª Reunião Extraordinária de 22.08.2013 (fls. 177 - 185).*

6.6 *- A anuência a ser concedida pela SVMA quanto à implantação do projeto, no caso do EIV-RIVI e das medidas mitigadoras (subitem 5.4.3), deveria ocorrer antes da aprovação da proposta pela CTLU, haja vista que a existência de qualquer fato impeditivo poderia tornar o empreendimento inviável, com a necessidade de devolução da Contrapartida financeira e demais providências cabíveis. No caso, infringiu-se o disposto no § 5º do art. 13 da Lei Municipal nº 11.774/95 – OUAB (subitem 5.4.3)*

Cumpre destacar que além da SVMA, outras 4 (quatro) entidades (SMDU, SGM, SNJ e SMT), que compõem o colegiado (CTLU), também votaram contra esse procedimento (fl. 179), quando da 8ª Reunião Extraordinária de 22.08.2013 (fls. 177 - 185).

Responsáveis pela aprovação da proposta de participação na OUAB nº AB-097/2013: *Presidente da CTLU e demais membros da CTLU com direito a voto na 8ª Reunião Extraordinária de 22.08.2013 (fls. 177 - 185).”*

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peça 35 - fls. 213/219 – 24/07/2015 - peças 3/4) destacou, inicialmente, que as normas relativas às operações urbanas consorciadas, submetem-se ao princípio da reserva legal, por terem parâmetros distintos dos critérios estabelecidos nas regras gerais, por isso demandam interpretação restritiva.

Assim, revela-se irregular a exceção outorgada referente à área de fruição pública consentido, em razão de ser benefício não previsto na lei regente da operação urbana em exame, conforme concluído pela Auditoria no item 6.1.

Do mesmo modo a aplicação do fator de redução (item 6.4) não tendo previsão legal, incabível ser objeto de deliberação por órgão da Administração Pública.

Quanto aos itens 6.2 e 6.3, anuiu com a conclusão da Especializada ao constatar distorções no Laudo de Avaliação, em desrespeito às Normas Técnicas vigentes, que resultaram em cálculo que não refletiu o real valor de mercado do imóvel e, consequentemente, no cálculo subestimado da contrapartida.

Relativamente aos itens 6.5 e 6.6, endossou o entendimento da Auditoria quanto à infringência ao § 5º do artigo 13 da Lei Municipal nº 11.774/95, posto que a prévia anuência dos Órgãos competentes, era condição para prosseguir com o processo de aprovação da Operação Urbana, consistente em atos complexos, com uma "sequência lógica incindível".

Ao tratar sobre a responsabilidade dos agentes, em razão de a deliberação pela aprovação das alterações urbanísticas ser incumbência da CLTU, órgão colegiado, os membros que se manifestaram a respeito respondem pelos vícios e não apena o seu Presidente, sem exclusão da responsabilidade do integrantes do Grupo de Trabalho, que realizou a análise prévia e concluiu pela aceitação da proposta.

Em conclusão, opinou no sentido de que a operação urbana em tela não reúne condições de acolhimento e o Assessor Chefe acrescentou a sugestão de intimar o representante da CTLU e o do "Grupo Intersecretarial", além da empresa interessada, para exercício do contraditório e da ampla defesa.

Na sequência, em 17/08/2015, o Relator natural deste processo declarou-se impedido, por questões de foro íntimo e requereu a redistribuição do feito, nos termos do despacho de folha 220 (digitalizada na pág. 275 da peça 35), o que foi efetivada, conforme certificado à folha 223 (peça 35 – fl. 280), com fundamento no artigo 100 do Regimento Interno.

Nos termos regimentais, para fins de ciência e manifestação no presente feito, determinou-se a expedição de ofícios[1] à **Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano – SMDU,** ao Presidente da CTLU e respectivos membros participantes da 8ª Reunião Extraordinária de 22.08.2013 com direito a voto (fls. 177/185 – peça 35), e à Analista de desenvolvimento da SP – Urbanismo (fls. 122 - 123) e aos membros do Grupo de Trabalho identificados às folhas 138/139.

Em resposta, os Interessados encaminharam as manifestações encartadas às folhas informadas pela Coordenadoria Processual (peça 36 – fls. 432, 611 e peça 37 – folha 830):

Fls. 280/294 – Luís Antonio Giampaulo Sarro

Fls. 295/296 – Paulo Machado Lisbôa Filho

Fls. 310/311 – Ângela dos Santos Silva

Fls. 313/320 – Marcelo de Mendonça Bernardini

---

[1] SP-Urbanismo: Vladimir Ávila (Gerente de Operações Urbanas) e Angela dos Santos Silva (Analista de Desenvolvimento)

Membros da 8ª Reunião Participantes com voto: Weber Sutti (Pres. CTLU), Daniel Todtmann Montandon, Eduardo Della Mana, Eduardo Ignácio de Faria, Elcio Sígolo, Fernando Ferreira Lima Martines, Gianfranco Vannucchi Guilherme Cotait, Mozart Correa Filho, Paula Maria Motta Lara, Patrícia Marra Sepe, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Priscila Spécie, Roberto Angotti Junior, Ronaldo Tonobohn e Vladimir Bartalini (SP-Urbanismo),

Fls. 321/327 – Lucy Maria Feijó Esteves
Fls. 328/334 – Vladimir Ávila
Fls. 345/355 - Secretaria do Governo Municipal ref. SVMA
Fls. 357/364 – Sônia Teico Yamada
Fl. 370/376 – Rita de Cássia Guimarães Sylvestre Gonçalves
Fl. 377/423 – Paula Maria Motta Lara
Fl. 426 – Rosângela Veríssimo da Costa Sartorelli
Fls. 433/444 – Arlete dos Anjos Grespan
Fl. 445 – Renata Semin
Fls. 454/459 – Fernando Ferreira Lima Martines
Fls. 468/469 – Paulo Ricardo Gianquito
Fls. 472/488 – Eduardo Della Manna, Miguel Sérgio Maud, Ronald E.M.Y. Dumani, Élcio Sígolo, José Romeu Ferraz Neto, Odair Garcia Senra, Guilherme Cotait e Larissa Garcia Campagner.
Fls. 497/502 – Ronaldo Tonobohn, Vicente Pedro Maria Petrocelli, Regina Maiello Vilella e Élia Albuquerque Rocha (SMT/CET)
Fls. 518/528 – Daniel Todtmann Montandon - Presidente da CTLU
Fls. 529/585 – Weber Sutti
Fls. 586/594 – Júlio César de Moura Oliveira
Fls. 595/602 – Paulo César Sperduti
Fls. 603/610 – Luiz Guilherme Silveira Monteiro
Fls. 612/639 - Roberto Angotti Junior
Fls. 652/692 – Mozart Correa Filho
Fls. 706/737 – Pedro Rinaldi de Oliveira Lima
Fls. 740/749v – Patrícia Marra Sepe
Fls. 750/771 – Eduardo Ignácio de Faria
Fls. 792/796 – Gianfranco Vannucchi
Fls. 798/809 – Daniel Todtmann Montandon
Fls. 811/822 – Priscila Spécie
Fls. 827/828 – Secretaria do Governo Municipal (Francisco Macena da Silva)
Fl. 829 – Evandro Reis

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (peça 37 – fls. 869/872 – 21/11/2017 – e peça 5), analisou e teceu considerações sobre a documentação acrescida:

1 – do rol de Interessados que apresentaram defesa, de acordo com os apontamentos contidos nas conclusões do Relatório de fls. 188/210 (peça 2), são responsáveis:

a) os Srs. Weber Sutti (SMDU/CTLU - Presidente da CTLU) e Ângela dos Santos Silva (SP-Urbanismo - Analista de Desenvolvimento);

b) e os membros da CTLU participantes da 8ª Reunião Extraordinária de 22.08.2013 com direito a voto: Daniel Todtmann Montandon, Eduardo Della Mana, Eduardo Ignácio de Faria, Elcio Sígolo, Fernando Ferreira Lima Martines, Gianfranco Vannucchi Guilherme Cotait, Mozart Correa Filho, Paula Maria Motta Lara, Patrícia Marra Sepe, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Priscila Spécie, Roberto Angotti Junior, e Ronaldo Tonobohn;

2 – Os demais oficiados e/ou intimados, ou são integrantes do Grupo de Trabalho, ou membros da CTLU que na 8ª Reunião não exerceram o direito a voto ou, ainda, estavam ausentes ou, deixaram de se manifestar.

3 – a Coordenadoria analisou todas as manifestações, mesmo as apresentadas por aqueles legalmente desobrigados de oferece-las, "por não terem votado para a aprovação da proposta em análise";

4 – "examinados todos os aspectos eminentemente técnicos das argumentações contidas nas defesas trazidas aos autos pelos oficiados, constatamos que tais argumentos não foram suficientes para alterar nossos entendimentos anteriores, ou seja, nada do que foi acrescido altera as convicções acerca das conclusões alcançadas às fls. fls. 209/210vº."

Em conclusão, consignou:

> *"Preliminarmente, cumpre destacar que os seguintes agentes públicos, alocados na SMDU/CTLU, a saber: Júlio César de Moura Oliveira (Secretário Executivo), Paulo César Sperduti (Assessor Técnico) e Luiz Guilherme Silveira Monteiro (Assessor Técnico), muito embora estivessem presentes na 8ª Reunião Extraordinária da CTLU (fl. 183), não têm direito a voto no rito de aprovação da operação urbana em análise (OUAB nº AB-097/2013) e, assim, não são responsáveis por essa aprovação. O mesmo vale para os membros do GTI e os demais representantes da CTLU que estavam ausentes nessa reunião.*
>
> *Desta forma, analisados os argumentos apresentados pelos demais representantes da CTLU com direito a voto e que aprovaram a proposta, reiteram-se e ratificam-se, na íntegra, as conclusões alcançadas no Relatório de Análise de Mérito, de 25.07.2014 (fls. 209/210vº - Item 6)."*

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peça 37 fls. 874/884 – 07/05/2018 e peça 7), analisou a preliminar de ilegitimidade arguida pelos representantes da CTLU e pelos membros do Grupo Intersecretarial que, mutuamente, tentam transferir a responsabilidade pela análise do laudo de avalição em que se fundou a proposta e definiu o valor da contrapartida.

Entendeu que "a responsabilização de cada agente deverá ser analisada sob os aspectos da responsabilidade subjetiva, implicando na individualização de condutas no âmbito de atuações plúrimas", o que demandaria ampliar a instrução processual visando à apuração do elemento subjetivo dos envolvidos, motivo pelo qual sugeriu restringir-se o objeto deste procedimento, à análise da legalidade da operação urbana em tela.

Dessa forma, abordou a matéria referente à subavaliação da contrapartida financeira ante a "ausência de manifestação crítica do GTI acerca da qualidade do laudo de avaliação e adequação do valor e à posterior deliberação da CTLU, que não estava vinculada ao parecer do GTI, apesar de sua preponderância técnica, conforme art. 286, V da Lei Municipal n.º 13.430/2002."

Ressaltou que, previamente ao deliberado pela CTLU, o exame e a aceitação do laudo de avaliação foram realizados pela analista de desenvolvimento da SP-Urbanismo (fls. 122-123), Sra. Ângela dos Santos Silva, e na sequência o Grupo Intersecretarial –GTI

"chancelou a atuação da analista ao informar que a proposta reunia condições de análise pela CTLU."

Sobre os argumentos apresentados pelos Interessados que defendem a legalidade da Operação Urbana aprovada, a Área Jurídica entendeu:

1 - no tocante **ao item 6.1**, a justificativa de a LOUAB não prever nem vedar a possibilidade de concessão de área computável gratuita, mediante área de fruição pública, reafirmou o seu "posicionamento de que não se pode concluir pela ampliação do rol de aplicação dos benefícios, dando margem a discricionariedade, com eventual violação ao princípio da impessoalidade, da supremacia do interesse público e sua indisponibilidade."

Ademais, ressaltou o fato de tal benefício ser posteriormente incluído no rol da OUAB, pela Lei Municipal nº 15.893, de 7 de novembro de 2013, quando já aprovada a proposta da Interessada, em 22/08/2013.

2 – relativamente aos itens 6.2 e 6.3, diversas alegações são aduzidas para defender o teor do laudo de avaliação, invocando-se a ausência de disposição legal para definição de critérios metodológicos, bem como questionam-se os métodos utilizados na análise realizada pela Auditoria.

A AJCE partiu do pressuposto de que o laudo de avaliação "reflita o valor de mercado do terreno, a fim de se obter o valor econômico do benefício concedido (construir além dos limites da lei de zoneamento), conforme inteligência dos artigos 6º, 11 e 17 da Lei Municipal 11.774/1995", a partir do qual calcula-se a contrapartida financeira, decorrente da diferença do valor do metro quadrado do terreno antes e após a concessão dos benefícios oriundos da exceção à Lei de Zoneamento.

De acordo com o item 8.5 da norma IBAPE/SP-2011 a utilização de um dos 5 métodos avaliativos previstos , dependerá da finalidade da avaliação e da disponibilidade de dados de amostrais, devendo, necessariamente, refletir o valor usualmente praticado no mercado, questões essas que deveriam ser previamente examinadas pelo GTI e pela CTLU de modo a verificar se o laudo de avaliação atende aos requisitos técnicos, "dentre eles, a pertinência da metodologia utilizada, sua perfeita execução, bem como o valor alcançado, à luz do valor de mercado" e não se ater unicamente aos aspectos formais.

A Auditoria indicou, expressamente, os equívocos que invalidam o valor obtido pelo avaliador, para os quais os Interessados não apresentaram elementos que pudessem afastá-los, quais sejam:

1 - o método utilizado pelo avaliador da Interessada é válido; contudo, o Avaliador enquadrou a área avaliada em grupo impróprio;

2 – a utilização de amostras comparativas inadequadas, seja em razão da localização, seja em razão da metragem;

3 - não se comprovou a alegada inexistência de imóveis próximos para pesquisa de preços.

Uma vez distorcida a avaliação, resta comprometido o cálculo do valor da contrapartida financeira, que deve ser "proporcional à vantagem auferida" de modo a atender o princípio da igualdade, considerando aqueles que construíram dentro dos coeficientes normais, sem maiores benefícios econômicos.

E, por fim entendeu que também restou comprometido o objetivo da Operação Urbana, posto que os recursos inferiores ao mínimo não permitem a consecução plena dos seus objetivos e causar o desequilíbrio dos equipamentos públicos e a infraestrutura urbanística em relação ao adensamento e tráfego na região.

No tocante ao **item 6.4**, observou a existência de lacuna na Lei da Operação Urbana Água Branca, ao não conter critério objetivo quanto ao percentual aplicável para fins de cálculo da contrapartida, dando margem a violações ao princípio da impessoalidade, da supremacia do interesse público e sua indisponibilidade.

A respeito dos **itens 6.5 e 6.6**, ainda que não se tenha constatado prejuízo pela falta de apresentação das anuências dos Órgãos de Licenciamento, "eventual impedimento para a construção do empreendimento acarretaria diversos transtornos para a Administração Pública e/ou para a detentora da Certidão".

Ao final de sua detida análise, a Assessoria Jurídica de Controle Externo pontuou a falta de manifestação da Interessada e no tocante à preliminar e ao mérito opinou:

> *"Conclui-se, com respaldo nas manifestações jurídicas e técnicas vazadas, que houve falha na apreciação do laudo de avaliação, acarretando contrapartida financeira inferior ao devido. Ainda, o rol de exceções a serem concedidas foi ampliado ao arrepio da lei.*
>
> *A responsabilidade dos membros da CTLU e GTI é subjetiva, devendo ser imputada na medida das específicas participações, votos e especialidades.*
>
> *Quanto ao fator de redução, a CTLU atuou em consonância com o que dispunha o texto legal, restringindo-se as críticas às disposições da Lei da Operação Urbana Água Branca ao permitir discricionariedade quanto ao cálculo da contrapartida financeira, o que, no entanto, não pode ensejar responsabilidade aos membros da comissão que atuaram de acordo com a norma.*
>
> *Finalizando, não há rito processual estabelecido, porém a eficiência e a economia processual demandam a prévia anuência dos órgãos específicos quanto à aprovação da Proposta de Operação Urbana.*
>
> *Isto posto, opino pela manutenção das irregularidades relativas à proposta de participação n.º AB - 097/2013, da empresa Windsor Investimentos Imobiliários Ltda. na Operação Urbana Água Branca."*

A **Windsor Investimentos Imobiliários Ltda.**, devidamente intimada, ofereceu resposta e documentação encartadas às fls. 911/995 (06/07/2018) defendeu a legalidade da Operação Urbana sob exame, com base nos argumentos assim sintetizados:

1 – a inexistência de afirmação de irregularidade e/ou de imputação de responsabilidade à empresa Beneficiária;

2 - o empreendimento, objeto da Operação Urbana em análise, há tempo aprovada, está concluído e com habite-se expedido em 11/10/2017, motivos que impedem haja qualquer questionamento a respeito.

3 – o benefício da área de fruição pública, está fundamentado no art. 14 da Lei Municipal nº 11.774/95, citando "outros benefícios" e no parecer da Assessoria Jurídica da

SMDU ao afirmar que a "a Operação Urbana Água Branca, não ... invalida a disciplina geral da Lei Municipal nº 13.885/2004."

4 – ainda sobre esse benefício, previsto no art. 195, II, da LM 13.885/2004, por representar "acréscimo de área computável permitido pela legislação geral", não equivale a potencial adicional além do permitido por lei, o que afasta o apontamento "de que a área construída computável da proposta teria sofrido um abatimento de 513,01m²;

5 – "o laudo de avaliação (fls. 71/119) foi elaborado de modo correto e com informações adequadas (...), permitindo, ainda, houvesse, como houve, a correta e bem lançada decisão administrativa de deferimento da Operação Urbana em tela."

6 – o enquadramento conferido ao imóvel objeto da operação urbana – usos mistos - condiz com a legislação municipal e com a situação do imóvel paradigma e do próprio entorno, não compatível com o Grupo IV" - Zonas de uso industrial;

7 - de acordo com o Laudo, "ainda que se considerasse a pretendida mudança no enquadramento do paradigma, isso não alteraria o resultado da avaliação."

8 – é equivocada a afirmativa de que as amostras tomadas para apurar o valor do imóvel não seriam adequadas por conta da localização das mesmas (por vezes "fora" do perímetro da operação urbana) e/ou pela dimensão dos referidos imóveis;

9 - por se tratar de perímetro restrito não foram obtidas amostras em quantidade suficiente para realizar comparativo com tamanho grau de perfeição;

10 – o questionamento da Auditoria trata-se "de crítica feita 'em tese' que não está respaldada por elementos concretos que pudessem confirmar o suposto do equívoco do laudo";

11 – "à falta de amostras com dimensão similar à do paradigma, teve o avaliador de usar imóveis com menores medidas. De todo modo, cuidou-se de utilizar informações relativas a imóveis com possibilidade de destinação para realização de empreendimentos imobiliários, eis que esta peculiaridade é fator que, independentemente da medida do terreno, serve de elemento de homogeinização."

12 – há precedente tanto no TCM-SP[2] quanto no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[3], quanto à preponderância do laudo pericial à mingua de requisitos legais expressos;

13 – não há comprovação de dolo ou culpa para infirmar o laudo;

14 – reportagem veiculada pelo Jornal Folha de São Paulo, edição de 31/7/2011. (fls. 186), foi destinada a analisar peculiaridades do projeto e do investimento realizado no loteamento Jardim das Perdizes e não em valores praticados pelo mercado imobiliário na região;

---

[2] TC 4.751/2005 – RB e 10.414/1997 - MF

[3] TJ - (Agravo de Instrumento ns 2014623- 84.2013.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, relator Desembargador Adilson de Araújo, julgamento 17/9/2013);
(Agravo de Instrumento nº 0012011-5273.2009.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Privado, relator Desembargador Manoel Mattos, julgamento 09/04/2013)

15 – "correta a análise do Grupo de Técnico (...) que concluiu ter sido adequada a avaliação realizada, opinando pela aprovação da mesma e do respectivo cálculo de contrapartida realizado";

16 – a definição do Fator redução está dentro da competência da CTLU, atribuída pela Lei Municipal nº 13.430/2002, no art. 286, I;

17 – anuências prévias de outros órgãos não constituem impeditivos à aprovação de operação urbana;

18 - o empreendimento obteve as diretrizes de SMT (certidão de diretrizes n. 014/14, doc. nº 2), as providências foram devidamente realizadas e já foi expedido o respectivo TRAD (doc. nº 3).

19 – a exigência de aprovação de EIV e RIVI não era contemplada na Lei da OUAB e o mencionado § 5º do art. 13 dessa norma não prevê sua entrega prévia;

20 - a CTLU aceitou que esses estudos fossem "elaborados a cada empreendimento 'individual' que seja aprovado, com respectiva indicação de medidas de mitigação e, ainda, apreciação cumulativa de impactos e medidas mitigatórias já ocorridos anteriormente".

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (peça 38 – fls. 998/999 – 18/09/2018 – e peça 8), analisou a argumentação da empresa Beneficiária, ressaltando que "se valeu de um relatório técnico suplementar (fls. 943/957), subscrito pelo Eng. Civil e de Segurança do Trabalho, Marcelo Pereira de Melo (CREA nº 0600785766/D), que é o mesmo Responsável Técnico do Laudo de Avaliação original (fls. 71/119). Ambos os trabalhos foram elaborados pela mesma empresa."

Dessa forma, "examinados todos os aspectos eminentemente técnicos das argumentações" concluiu "que nada do que foi acrescido altera as conclusões alcançadas à fl. 872 e às fls. 209/210vº", as quais foram ratificadas na íntegra pela Auditoria.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peça 38 - fls. 1001/1007 e 1014 – 30/01/2019), analisou por tópicos os argumentos contidos na defesa oferecida pela Beneficiária.

I. Benefício da área de fruição pública, previsto no inciso II do art. 195 da Lei municipal nº 13.885/04 (conclusão 6.1 do Relatório da AUD).

"Apesar de a Lei do Parcelamento (Lei municipal nº 13.885/04) ser norma geral, entendo que os benefícios nela previstos não poderão ser aplicados para os projetos aprovados de conformidade com as regras especiais estipuladas na Lei da Operação Urbana Água Branca (a Lei municipal nº 11.774/95), sob pena de se estar criando uma lex tertia, resultado da combinação dos benefícios de ambas as leis anteriormente citadas."

Com base no disposto no artigo 257[4] da própria LM 13.885/04 c.c. o § 2º do artigo 2º da LINDB, o benefício previsto em outra lei, ampliou o rol de "exceções" previstas na Lei OUAB, o que representa violação ao princípio da legalidade administrativa.

II. Laudo de avaliação e contrapartida financeira (conclusões 6.2 e 6.3 do Relatório da AUD).

[4] Art. 257. Ficam mantidas as disposições das leis específicas que instituem as Operações Urbanas - OU e as Operações Urbanas Consorciadas - OUC

A Beneficiária argumentou que na pesquisa imobiliária realizada utilizou imóveis com características diferentes das do imóvel avaliado, em razão da falta de amostras compatíveis na região.

Considerando que a Lei da Operação Urbana Água Branca não fixou um método avaliativo específico e a norma IBAPE/SP-2011 contempla 5 opções, a Beneficiária poderia ter optado, por exemplo, pelo Evolutivo, "indicado para estimar o valor de mercado no caso de inexistência de dados amostrais semelhantes ao avaliando".

Além disso, "a interessada não conseguiu demonstrar ter havido erro no enquadramento do imóvel, feito pela Fiscalização, nem provar a alegada inexatidão do valor de mercado atribuído ao bem e nem do respectivo cálculo da contrapartida financeira," motivos pelos quais manteve o apontamento da Auditoria.

III. Fator de redução (conclusão 6.4 do Relatório).

Mantem o posicionamento no sentido de não haver ilegalidade no fator de redução adotado pela Origem, instituído por resolução do CTLU, para o cálculo da contrapartida financeira.

IV. Irregularidades formais na tramitação do processo administrativo (conclusões 6.5 e 6.6 do Relatório da Auditoria).

Entendemos que, se mantidos esses apontamentos da Auditoria, poderão ser relevados, por não terem interferido no cálculo da contrapartida financeira.

Ao final, a AJCE sintetizou seu posicionamento nos seguintes termos: **a)** acompanhou a Auditoria nas conclusões alcançadas nos itens 6.1, 6.2 e 6.3 do Relatório de fls. 188/210, exceto quanto ao item 6.4, pelos argumentos expostos; e **b)** quanto aos apontamentos dos tópicos 6.5 e 6.6, também acompanhou a Auditoria, porém com a possibilidade de serem relevados, devido seu caráter formal, sem interferência no cálculo do valor da contrapartida.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 38 - fls. 1018/1042 – 09/04/2019) transcreveu e endossou as informações prestadas pela SMDU/CLTLU e acompanhou a AJCE quanto ao afastamento dos apontamentos 6.4, 6.5 e 6.5.

Sustentou que a divergência se restringe unicamente ao método de avaliação empregado, matéria polêmica e sujeita a interpretações, conforme precedentes do TCM-SP citando processos em que ajustes similares foram acolhidos.

Por conseguinte, requereu o acolhimento da Operação Urbana sob exame, ou, ao menos, o reconhecimento dos seus efeitos financeiros e patrimoniais.

A **Secretaria Geral** (peça 38 - fls. 1054/1058v – 11/02/2020 – peças 30/31), no tocante às responsabilidades pelas irregularidades apuradas, entendeu caber a cada um dos integrantes dos órgãos colegiados que concorreram para a formação da decisão que aprovou a proposta de Operação Urbana em pauta.

O Presidente da CTLU, por sua vez, além representar o órgão, sua responsabilidade "deve ficar limitada às respectivas atribuições, na forma indicada na então vigente Resolução nº 01/09 – CTLU/SEMPLA, em seu artigo 8º."

Com relação aos apontamentos, acompanhou a Auditoria e a AJCE quanto **ao item 6.1**, por entender que o benefício da área de fruição pública não poderia ser concedido

sem a permissão legal específica, por configurar ampliação do rol dos benefícios concedidos por lei, dando margem à discricionariedade.

Relativamente ao laudo de avaliação e ao cálculo da contrapartida (**itens 6.2 e 6.3**) destacou que a despeito de ser válido o método de avaliação adotado pelo avaliador, constatou a falta de elementos nas defesas apresentadas, capazes de afastar as irregularidades apuradas pela Auditoria, decorrentes de erros de ordem técnica identificados no laudo, tais como:

"(i) inconsistências em relação às normas da ABNT e IBAPE/SP;

(ii) equivoco no enquadramento do imóvel paradigma, resultando em erro na avaliação, pois não se buscou o valor real de mercado, já que com relação ao imóvel paradigma, o enquadramento correto é aquele pertencente ao Grupo IV – Zonas de uso industrial ou de armazéns, segundo preconiza a norma técnica vigente;

(iii) que os elementos comparativos coletados pelo avaliador não satisfazem as condições de porte físico para serem comparados com o imóvel avaliando, ou seja, os elementos comparativos da amostra não se assemelham ao imóvel paradigma, comprometendo o valor unitário saneado de terreno e, por consequência, a contrapartida financeira."

Por conseguinte, o valor da contrapartida lançado na Certidão nº 20/13/SMDU/CTLU está "subestimado em razão da utilização de elementos amostrais inadequados implicando na redução do montante de recursos disponíveis para consecução dos objetivos da OUAB – gerais e específicos, elencados nos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.774/95", representando somente 52% do montante calculado pela Auditoria.

No tocante aos demais apontamentos acompanhou também as conclusões da Auditoria:

- sobre o item 6.4, concernente à aplicação do fator de redução da contrapartida financeira, sem previsão legal, entendeu não ser adequado delegar a um órgão da Administração o assunto para que se preencha tal lacuna legislativa, como fez a CTLU através da Resolução nº 16/09-CTLU/SMDU, o que reduziu o valor pago pela Interessada, a "52% do montante reputado como representativo das condições de mercado à época."

- e quanto aos 6.5 e 6.6, atinentes à "anuência pelos órgãos de licenciamento quanto à implantação do projeto", deveria ocorrer na fase de aprovação da proposta pela CTLU, uma vez que a existência de qualquer fato impeditivo poderia tornar o empreendimento inviável.

Ao final de seu parecer, acompanhando integralmente as conclusões alcançadas pela Auditoria, opinou pelo não acolhimento da Operação Urbana em exame.

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 51), entendendo que incorreu a prescrição; na mesma linha seguiu a Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral (peças 53 e 54).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de análise do reconhecimento da prescrição ocorrida no presente feito que aborda análise da **Certidão nº 20/13/**SMDU/CTLU relativa à Proposta de participação na Operação Urbana Água Branca, nºAB-097/2013, formulada por **Windsor Investimentos Imobiliários Ltda.,** pela qual pleiteou a alteração de índices e ocupação do solo no imóvel localizado nesta Capital na Avenida Marquês de São Vicente 2353 esquina com Av. Nicolas Boher, Quadra E, Lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9, com amparo na Lei Municipal nº 11.774/95.

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."*[5]

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*."[6]

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*

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

> *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."*[7]

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.*"[8] 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 (...)"*[9]

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 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.***

---

[7] 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.
[8] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[9] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

> *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[10], 897[11], 899[12] 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.)

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

---

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

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 [13], com efeito *erga omnes,* que

[13] 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.

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 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

---

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)

> 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 VII após respostas da Origem (peça 5).

Verifica-se que, o marco temporal apontado ocorreu na data 28.11.17 com a assinatura do ato, de acordo com a peça 5. 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[14] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[15] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[16] do Código

[14] 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.

[15] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.

[16] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
(...)
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[17] 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

[17] 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 14:44:20 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 1443/2014

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 12:50:21 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo