ACO-UTR-553/2023

Processo - TC/001566/2004
Procedência - Secretaria Municipal de Planejamento (atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento) – Empresa Municipal de Urbanização (atual São Paulo Urbanismo/São Paulo Obras)
Compromissária - São José Construções e Comércio Ltda.
Termo de Compromisso 01/2003/Emurb
Objeto - Alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo nos imóveis localizados na rua Frederico Chopin, rua Franz Schubert e avenida Cidade Jardim, contidos no Corredor de Uso Especial Z8-CR4, lindeiro à Z2 – Operação Urbana Faria Lima nº 191-FLI

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. TERMO DE COMPROMISSO. SMUL. SP URBANISMO. Alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo. 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, II, art. 6º, I, Res. TCMSP 10/2023. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. Art. 12, p.u., Res. TCMSP 10/2023. Item 14, Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM 02/2023. Art. 487, II, art. 15, CPC. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada às Operações Urbanas. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

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

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

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

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

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

São Paulo, 27 de setembro 2023.

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

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 10/11/2023 14:20:37 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:47:56 -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 1566/2004 Análise

Objeto: Secretaria Municipal de Planejamento, Empresa Municipal de Urbanização e São José Construções e Comércio Ltda. - Termo de Compromisso 01/2003/Emurb - Alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo nos imóveis localizados na rua Frederico Chopin, rua Franz Schubert e avenida Cidade Jardim, contidos no Corredor de Uso Especial Z8-CR4, lindeiro à Z2 - Operação Urbana Faria Lima 191 (FLI)

Interessadas: Secretaria Municipal e Planejamento, Orçamento e Gestão (Empresa Municipal de Urbanização - EMURB)

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise das Propostas de Participação na Operação Urbana Faria Lima, que receberam os nºs 191-FL e 249-FL, pleiteando a alteração de índices e características de uso e ocupação do solo dos imóveis localizados nesta Capital à Rua Frederic Chopin 283, Rua Franz Schubert n.54 e 56, e Av. Cidade Jardim, 1.100 e 1.056.

A Proposta de Participação nº 191 foi solicitada pela empresa São José Construções e Comércio Ltda. (CNPJ 45.876.174/0001-50), da qual derivaram o Termo de Compromisso nº 01/2003/EMURB (de 24/06/2003 - fls. 141/145) e a Certidão 23/03/SEMPLA, emitida em 02/07/2003 (fls. 148/149).

A Proposta de Participação nº 249 foi solicitada pela empresa George Sand Empreendimentos Imobiliários S/A (CNPJ 05.900.117/0001-45), da qual derivou a Certidão 10/09/SMDU/CTLU, datada de 14/01/2010 (fls. 615/617), que alterou e substituiu a Certidão nº 23/03/SEMPLA.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle examinou o Termo de Compromisso nº 01/2003/EMURB e concluiu:

I - sob o aspecto formal, regular, com ressalvas quanto (i) à apresentação extemporânea da relação dos Termos de Compromisso firmados no mês de junho/04 (incluído nessa relação o presente, em análise), em desacordo com a Resolução número 04/97, do TCM-SP; e (ii) à realização da caução em data posterior ao vencimento das três primeiras parcelas

da contrapartida, em montante e prazo inferiores aos devidos, contrariando o artigo 6º "caput" e parágrafo 1º, do Decreto Municipal 41.257/01 (fls. 183/186).

II – sob o enfoque da engenharia, no tocante à análise das exceções urbanísticas concedidas e ao respectivo cálculo do Benefício Econômico apontou-se que (folhas 188/196):

"a) O Benefício calculado pelo interessado e referendado pelo GT-OU Faria Lima de R$ 4.403.627,30 (quatro milhões, quatrocentos e três mil, seiscentos e vinte e sete reais e trinta centavos) foi sub-avaliado. Conforme demonstrado no relatório de folhas 188/195 verso, este Benefício foi avaliado em R$ 7.663.825,00 (sete milhões, seiscentos e sessenta e três mil, oitocentos e vinte e cinco reais);

b) A contrapartida aprovada pela Comissão Normativa de Legislação Urbanística – CNLU de R$ 3.522.901,80 (três milhões, quinhentos e vinte e dois mil, novecentos e um reais e oitenta centavos) representa 45,96% (quarenta e cinco ponto noventa e seis por cento) do Benefício que calculamos".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls.199/202) entendeu que, embora não especifique o método de cálculo, a lei impõe a avaliação real do benefício concedido que se traduz na escolha do método que melhor expresse os valores de mercado de molde a assegurar o equilíbrio entre os interesses públicos e privados envolvidos. Finalizou opinando pelo não acolhimento do Termo de Compromisso 01/2003.

O Subsecretário de Fiscalização e Controle (fls. 203/203vº), endossando as manifestações sob os aspectos jurídicos e de engenharia, opinou pela irregularidade da Operação Urbana sob exame.

Intimados[1], o Ordenador da Despesa e os Membros da Comissão Normativa de Legislação Urbanística apresentaram suas defesas às folhas 224/230 e 236/245 salientando, em linhas gerais, sua ilegitimidade de parte e, no mérito, que a lei citada definiu que o valor do benefício econômico deve ser baseado em avaliação do imóvel antes e depois da alteração dos parâmetros, mas não especificou os critérios de cálculo para se obter essa valorização. Dessa forma, a Comissão Normativa da Legislação Urbanística – CNLU agiu na estrita observância das normas legais estabelecidas, já que lhe cabe a escolha do método de avaliação para definição do benefício e do percentual estabelecido como contrapartida, de conformidade com a Lei Municipal nº 11.732/95.

Em manifestação sobre a documentação acrescida aos autos, a Auditoria (fls. 251/256) ratificou suas conclusões anteriores, bem como a Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 260/265), que expressou o entendimento de que somente os signatários dos documentos de fls. 115/117, 141/145 e 148/149 detêm legitimidade para figurarem no polo passivo e, no

[1]: – **Jorge Wilheim** – Presidente da CNLU – Comissão Normativa de Legislação Urbanística (FALECIDO EM 2014), Antonio Carlos Réa – Vice-Presidente da EMURB, Hussain Aref Saab – Membro do Grupo de Trabalho/Operação Urbana Faria Lima, com Lucia de Sousa Machado, Paulo Roberto Castaldelli, Mariclé Ortega X. de Araújo Mischi e Luiz Roberto Rolim de Oliveira

mérito, manteve seu pronunciamento pelo não acolhimento da Operação Urbana sob análise.

A Procuradoria da Fazenda (fls. 268/269) solicitou a expedição de ofício à SEMPLA para conhecimento do processado e encaminhamento de quesitos por ela formulados, cujas justificativas apresentadas pela Origem (fls. 277/343), destacaram a apresentação de casos similares, nos quais este Tribunal vem reconhecendo que, verificada a regularidade de processamento da proposta, não há que se questionar o valor arbitrado para a respectiva contrapartida, fundamentos considerados pelo Órgão Fazendário (fls. 347/363) para se manifestar pela regularidade do ato sob exame.

A Secretaria Geral (fls. 365/368), na esteira das conclusões alcançadas nas manifestações técnicas precedentes, opinou pelo não acolhimento da Operação Urbana em apreço.

Posteriormente, a empresa São José Construções e Comércio Ltda. transmitiu, a título de conferência de bens, o imóvel da matrícula 83101 (fl. 501) para a empresa Mandril Participações S/A (CNPJ/MF 05.900.117/0001-45), cuja denominação social foi alterada para GEORGE SAND EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A (fl. 502), que solicitou a alteração da Certidão nº 23/03/SEMPLA para fins de remembramento de imóvel e reforma, recebendo parecer favorável do Grupo de Trabalho da Operação Urbana Consorciada Faria Lima, conforme Ata de Reunião realizada em 21/09/2009 (fl. 602).

A aprovação dessa proposta foi formalizada no DESPACHO SMDU/CTLU/025/2009, de 03/12/20/2009 (fls. 612-613) e a respectiva Certidão nº. 10/09/SMDU - Operação Urbana Faria Lima, foi expedida em 14/01/2010 (fls. 615-617), cujo item 2.2 certifica que "*em conformidade com a informação contida na folha nº 248, a reti-ratificação realizada através do DESPACHO SMDU.CTLU/025/2009, não originou contrapartida*."

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao analisar a referida Certidão nº 10/09/SMDU/CTLU (de 14/01/2010), que alterou e substituiu a Certidão nº 23/03/Sempla (de 02/07/2003 – fl. 148/149), conclui (fls. 679/683):

1 - (3.1) Não constam as rubricas e assinaturas dos membros presentes à 118ª Reunião Ordinária da CNLU nem as rubricas e assinatura dos membros presentes à 10ª Reunião Ordinária da CTLU que aprovaram a proposta em análise.

2 – (3.2) A utilização da fórmula de Adiron não é permitida pela legislação que rege a Operação Urbana Faria Lima. A sua utilização fez com que a área computável sujeita ao pagamento da contrapartida diminuísse de 8.730,51m2 para 6.780,70m2. Recalculando a contrapartida devida, apurou que essa deve ser de R$12.889.035,25 (data base – nov/02 – doze milhões oitocentos e oitenta e nova mil trinta e cinco reais e vinte e cinco centavos) em vez de R$3.522.901,80 (três milhões quinhentos e vinte e dois mil novecentos e um reais e oitenta centavos), efetivamente paga.

3 – (3.3) Deve-se ressalvar que o coeficiente de aproveitamento máximo aprovado para o terreno remembrado, situado na Avenida Cidade Jardim nº 1.042, com 390,00m2 , objeto da Proposta nº 249, é igual ao básico, ou seja, igual a 1,0 e não 3,645473 como se depreende da leitura da letra "b", tanto do DESPACHO SMDU.CTLU/025/2009 (fls. 612 – 613) quanto da Certidão nº10/09/SMDU/CTLU – Operação Urbana Faria Lima (fls. 615 – 617).

4 - (3.4) O pagamento de contrapartida em parcelas mensais sem a cobrança se juros caracteriza financiamento de empreendimento particular com recursos públicos, o que ofende o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. O interesse público é irrenunciável.

5 – (3.5) O representante da SGM presente à 10ª Reunião Ordinária, Sr. Giovanni Palermo, não estava nomeado para nenhum cargo da SGM.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 697/707) examinando a preliminar arguida pelos Interessados, reputou não ter caráter vinculante a opinião do Grupo de Trabalho, por isso seus integrantes, em princípio, não respondem pelas irregularidades verificadas na Operação Urbana em apreço, diferentemente dos membros da CNLU/CTLU.

No tocante ao mérito, assim opinou acerca de cada apontamento efetuado pela Auditoria:

1- a rubrica e a assinatura nas atas de aprovação pela CNLU e pela CTLU têm o objetivo de imprimir maior segurança sobre o processo decisório, revestindo-o de rigor e transparência, além de possibilitar o controle dos limites da participação dos agentes responsáveis.

2 - no tocante à concessão indevida de benefício decorrente da utilização da "Fórmula de Adiron", decorre de extrapolação de competência da CNLU (hoje CTLU), considerando que depende necessariamente de expressa previsão legal, interpretada em seus estritos termos, posto envolver a operação urbana a alteração de uso e ocupação do solo, matéria submetida ao princípio da reserva legal.

3 - ademais, a "Fórmula de Adiron" encontra obstáculo à sua utilização concomitante com outro benefício, conforme previsto no art. 15, I, da então vigente Lei Municipal nº 11.732/95.

4 – incidência de correção monetária caberia na hipótese de atraso no pagamento, nos termos do art. 395 do Código Civil, questão diversa da tratada na Lei Federal nº 10.192/01.

5 – os juros moratórios são cabíveis no caso de mora, enquanto os compensatórios, admissíveis em caso de "financiamento de empreendimento particular com recursos públicos", não estão contemplados nas normas reguladoras da operação urbana em exame.

6 – referendou como apontamentos, a ressalva quanto ao coeficiente de aproveitamento e a falta de nomeação de membro da SGM na CLTU, item 3.5.

Em conclusão, posicionou-se pelo não acolhimento da operação urbana em exame, devido aos achados da Auditoria consignados nos itens "a" e "b" de fls. 195vº e 3.2, 3.3 e 3.5, de fls. 682vº/683.

Os representantes[2] de órgãos e entidades responsáveis pela Proposta OUFL – 249, indicados pela Auditoria à fl. 682, foram intimados nos termos do despacho exarado em 05/09/2013 (fl. 709) e apresentaram suas respostas, anotadas na informação de fl. 1.049, afora o superveniente protocolo da defesa de fls. 1.051/1.055.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 1.057/1.097 e 1.162/1.164), desta feita, manifestou-se a respeito das defesas encaminhadas, das razões complementares apresentadas pelo Órgão Fazendário relativas à Fórmula de Adiron (fls. 1.032/1.041) e dos pareceres juntados às fls. 1.132/1.160, pela Interessada que representou a Secretaria do Governo Municipal na CTLU. Em síntese, assim pronunciou-se:

1 – o representante da SGM, estava devidamente designado, conforme se confere da publicação encartada à fl. 800, restando superado o apontamento 3.5.

2 – a prescrição da pretensão punitiva, de acordo com o TCU é de 10 anos, sendo a citação válida, causa interruptiva;

3 – a prescrição não atinge a apuração e reparação de dano ao erário, por força do parágrafo 5º do art. 37 da Constituição Federal.

4 – cabe aos Interessados diligenciar a obtenção de prova junto aos Órgãos da Administração Pública e, no tocante à oitiva de participantes da reunião deliberativa, como testemunhas, torna-se desnecessário uma vez que todos foram devidamente intimados para manifestação.

5 – os representantes da sociedade civil respondem pessoalmente pelas irregularidades, a exemplo dos membros da CNLU/CTLU.

6 – os integrantes do Grupo de Trabalho, técnicos da EMURB e SEMPLA, pela expertise de cada um, incumbidos da análise do laudo de avaliação, da metodologia e normas técnicas aplicadas, sob esse aspecto, podem vir a ser responsabilizados.

7 – a aplicação da "Fórmula de Adiron" para áreas indiretamente beneficiadas encontra limites previstos expressamente previstos no art. 15, parágrafo 1º da LM 11.732/95, sem prejuízo das ponderações quanto à segurança jurídica e a estabilização das relações, de modo a preservar os efeitos concretos advindos da utilização da citada fórmula.

Assim, excetuando o item 3.5 que considerou superado, reiterou seu parecer quanto ao não acolhimento das operações em pauta.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 1.099/1.114 e 1.168), com base nos esclarecimentos e justificativas técnicas apresentados pela Origem, requereu o

[2] Jorge Wilheim (FALECIDO), Miguel Luiz Bucalem, Husaain Aref Saab, Luiz Guilherme Silveira Monteiro, Diana Teresa Di Giuseppe, Suzana Maria Ferreira de Nichile, Rubens Chammas, Denise Gonçalves Lima Malheiros, José Magalhães Júnior, Luiz Laurent Bloch, Liliana de Almeida Ferreira da Silva Marçal, Giovanni Palermo, Lúcia Pereira Azevedo, Suzana Maria Ferreira de Nichile, Helena Tsiemi Nishio , Sérgio Rubens G. Rodrigues, Irineu Gnecco Filho, Maria Cristina de Toledo Sivieri, Regina Luisa Fernandes de Barros, Regina Luisa Fernandes de Barros, José Antônio Gonçalves, Rita de Cássia G.S.Gonçalves, Jorge Pinto Furini, Ronald E. M. Y. Dumani, Eduardo Della Manna, Odair Garcia Senra, Élcio Gabriolli Martins , Paulo Ricardo Giaquinto, Alberto Rubens Botti, Luiz Frederico Rangel de Freitas, Eduardo May Zidan, Larissa Campagner Arcuri e Pedro Ernesto Py.

acolhimento da Operação Urbana ora examinada ou, ao menos, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados.

A Secretaria Geral (fls. 1.124/1.131/ e 1.170/1.171), diante da preliminar de ilegitimidade arguida pelos Interessados, entendeu que cada um dos integrantes que concorreram para a formação da decisão que aprovou a Operação Urbana em tela, deverá responder pelas irregularidades.

No mérito, ressaltou as irregularidades da operação, dentre as quais os incorretos coeficientes de aproveitamento máximo, o financiamento da contrapartida com recursos públicos sem incidência de juros, a utilização da Fórmula de Adiron, vedada por lei que atingiu o valor negociado da contrapartida de forma subestimada e causou prejuízo ao Erário.

Assim, opinou pela irregularidade das Operações Urbanas Faria Lima nºs 191-OUFL e 249-OUFL e respectivas certidões nºs 23/03/SEMPLA e 10/09/SMDU.

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 25), entendendo que incorreu a prescrição; na mesma linha seguiu a Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral (peças 27 e 28).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de análise do reconhecimento da prescrição ocorrida no presente feito que aborda análise das Propostas de Participação na Operação Urbana Faria Lima, que receberam os nºs 191-FL e 249-FL, pleiteando a alteração de índices e características de uso e ocupação do solo dos imóveis localizados nesta Capital à Rua Frederic Chopin 283, Rua Franz Schubert n.54 e 56, e Av. Cidade Jardim, 1.100 e 1.056.

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."*[3]

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*."[4]

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."*[5]

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.*"[6] 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 (...)"*[7]

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:

---

[3] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[4] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[5] 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.
[6] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[7] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

> "*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.*** *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[8], 897[9], 899[10] 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***

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

> ***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 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 [11], 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

[11] 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)

> 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 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, folhas 320 da peça 18 e Manifestação jurídica de folhas 1089 da peça 22.

Verifica-se que, o marco temporal apontado ocorreu na data de 25.07.2005 e 15.01.2015 (peças 18 e 22). 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[12] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[13] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[14] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[15] 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

[12] 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.

[13] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.
[14] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
(...)
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
[15] 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 14:47:52 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 1566/2004

DECLARAÇÃO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 09/10/2023 12:11:16 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo