ACO-UTR-547/2023

Processo - TC/001571/2003
Procedência - Empresa Municipal de Urbanização (atual São Paulo Urbanismo)
Compromissária - JAL Empreendimentos e Participações Ltda..
Termo de Compromisso 10/2002/Emurb
Objeto - Alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo do terreno localizado na esquina da rua Hungria com a rua Manduri com a rua Dona Helena de Salles Gusmão – Operação Urbana Faria Lima nº 88-FL

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

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

A C Ó R D Ã O

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

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

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

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

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

São Paulo, 27 de setembro 2023.

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

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 10/11/2023 14:22:36 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:48:05 -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 1571/2003 Análise

Objeto: Empresa Municipal de Urbanização e JAL Empreendimentos e Participações Ltda. Termo de Compromisso 10/2002/Emurb - Alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo do terreno localizado na esquina da rua Hungria com a rua Manduri com a rua Dona Helena de Salles Gusmão - Operação Urbana Faria Lima nº 88-FL (FCCF)

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

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente processo da Certidão nº 29/03-SEMPLA, emitida pela então Secretaria Municipal de Planejamento Urbano e do **Termo de Compromisso número 10/02/EMURB, decorrentes da Proposta de Operação Faria Lima nº 88-FL**, formalizados entre a **Prefeitura do Município de São Paulo** e a empresa **JAL – Empreendimentos e Participações Ltda.**, comparecendo, na qualidade de interveniente, a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, (substituída pela SP – Urbanismo) (fls. 189/193, 196/198).

As modificações de parâmetros urbanísticos pretendidos nessa proposta, a título de concessão de benefícios, foram as seguintes:

1 – a permissão para implantação da categoria de uso S2.1- edifício de escritórios;

2 - o aumento de coeficiente de aproveitamento da área para 4 (quatro vezes);

3- elevação da taxa de ocupação máxima do lote de 50% (cinquenta por cento) para 50,85% (cinquenta vírgula oitenta e cinco por cento); e

4 – dispensa do recuo de frente de 5,00 m. (cinco metros) em subsolo das Ruas Dona Ana Helena de Salles Gusmão e Manduri.

Tomando por base o Laudo de Avaliação encomendado pela Interessada, os órgãos municipais competentes estimaram o benefício econômico em R$ 2.650.000,00 (dois milhões, seiscentos e cinquenta mil reais), decorrente do aumento de coeficiente de aproveitamento da área e elevação da taxa de ocupação. Considerando a porcentagem de 80% (oitenta por cento) a contrapartida financeira foi calculada no valor de R$ 2.120.000,00 (dois milhões, cento e vinte mil reais), pago pelo Compromissário, em parcelas, caucionadas por fiança bancária (17/01/02 – fls. 160 a 162)

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** elaborou o relatório entendendo irregular a operação urbana analisada, sob os seguintes fundamentos (fls. 200/202 e 218/230):

1 - extrapolou a legislação da Operação Urbana Faria Lima, pois não há amparo legal para a permissão do uso S2.1, quando o imóvel está localizado em uma Zona de Uso Z1, sendo, ainda, necessário o exame jurídico da legalidade da ocupação do recuo de frente dos subsolos destinados a estacionamento;

2 – o valor do benefício concedido foi subestimado, pois o avaliado pela Especializada importou em R$ 5.528.317,10 (cinco milhões, quinhentos e vinte e oito mil, trezentos e dezessete reais e dez centavos), diante do montante de R$ 2.650.000,00 (dois milhões, seiscentos e cinquenta mil reais) apurado pelo avaliador contratado pela Interessada, significando que a contrapartida, aprovada pela Comissão Normativa de Legislação Urbanística – CNLU, na quantia de R$ 2.120.000,00 (dois milhões, cento e vinte mil reais) representa 38,35% do benefício calculado por este Tribunal de Contas, portanto, inferior aos 70% (setenta por cento) definidos pela Municipalidade de São Paulo.

3 - o pagamento da outorga deu-se sem a correção monetária prescrita no artigo 6º do Decreto Municipal nº 41.257/01 e no artigo 1º, parágrafos 2º e 3ºs da Lei Municipal 13.275/02; e

4 – houve o recebimento de parcela paga com atraso, sem cobrança de juros de mora.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 233/237), igualmente, concluiu pela ilegalidade e antieconomicidade da Operação Urbana em exame, assim fundamentou seu parecer:

1 – o benefício concedido a título de autorização de atividades de uso S2.1, para um imóvel situado em Zona de Uso Z1, fere frontalmente as disposições da Lei Municipal nº 11.732/95;

2 – a dispensa de recuo de frente nos subsolos para as Ruas Manduri e Dona Ana Helena de Salles Gusmão, teve amparo na Resolução SEMPLA/CNLU/111/99, que alterou critérios legais previstos no artigo 42 da Lei 8.001/73, regulamentado pelo artigo 88 do Decreto nº 11.106/74, sendo questionável a possibilidade de uma resolução alterar dispositivo legal;

3 – o benefício foi subavaliado em razão do avaliador utilizar a Fórmula de Adiron, expressamente vedada pelo inciso I, do artigo 15, combinado com o parágrafo 1º do artigo 16, da Lei nº 11.732/95, resultando diferença significativa no valor unitário do terreno e, por conseguinte, ferindo o princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus, gerando o cálculo da contrapartida em montante inferior ao efetivamente devido.

Determinada a oitiva da Origem e a dos Ordenadores da Despesa (fls. 239/240 e 359), todos sustentaram a legalidade dos atos que conduziram à aprovação da Proposta da Operação Faria Lima em análise, posto que o pedido foi processado como era previsto na Lei aplicável à espécie e calculou-se a contrapartida com base no procedimento por ela ditado.

Justificando a mudança de uso do imóvel em questão, para categoria de uso S2, de modo a possibilitar a implantação de edifício de escritórios, quando originalmente pertencia à Zona de Uso Z1, destinada a residências unifamiliares horizontais, a Origem admitiu que a Lei Municipal nº 11.732/95 não faz qualquer menção expressa a essa possibilidade, mas defende a tese de que o parágrafo 1º, do artigo 3º[1], do citado texto legal, ao definir os subperímetros em que se

[1] Art. 3º Para os efeitos da aplicação desta Lei, as áreas contidas no perímetro referido no artigo 1º ficam classificadas em 2 (duas) categorias:
I – áreas diretamente beneficiadas;
II – áreas indiretamente bneficiadas.

encontram as áreas diretamente beneficiadas e não especificar qualquer zona de uso, todas elas estariam abrangidas.

Nessa linha de raciocínio, deduziu que se o padrão urbanístico previsto pela Operação Urbana não permitisse aceitar alterações nos imóveis da Z1 ou qualquer outra zona de uso que não existissem nas áreas diretamente beneficiadas, estas estariam taxativamente excluídas do perímetro , como ocorreu com partes das zonas descritas nos parágrafo 2º[2] e 3º[3] do artigo 1º da citada lei.

Valendo-se, ainda, do fato do Anexo 2[4] da mesma lei, mencionar expressamente todos os subperímetros para fins de conversão de CEPAC em metro quadrado, afirmou que a mudança de uso é um parâmetro estabelecido para a área diretamente beneficiada, aplicando-se em todos os subperímetros, inclusive os não especificados nos artigos 14[5] e 15[6] da Lei Municipal nº 11.732/95.

Quanto à ausência de correção monetária sobre o valor das parcelas, recorreu-se à prevalência da Lei Federal nº 10.192/01, cujo parágrafo primeiro[7] do artigo 2º, veda a atualização monetária de valores com periodicidade inferior a um ano e, no tocante ao pagamento da parcela em atraso, foi aplicada apenas a multa moratória de 0,2% (dois décimos percentuais), não comportando a cobrança de juros de mora pelo fato de a impontualidade ter sido de dois dias, dentro do próprio mês de vencimento, enquanto que esse encargo deve incidir apenas no mês posterior, conforme disciplinado no parágrafo 3º[8] do artigo 1º, da Lei Municipal nº 13.275/2002.

Parágrafo 1º. Áreas diretamente beneficiadas são as localizadas e contidas nos subperímetros assinalados na planta referida no § 1º do artigo 1º e descritas a seguir:
a) Subperímetro 1 – Pinheiros: começa no cruzamento da Rua (...)
b) Subperímetro 2 – Itaim: começa no cruzamento da Rua (...)
c) Subperímetro 3 – Vila Olímpia: começa no ponto localizado na esquina (...)
d) Subperímetro 4 – Vila Funchal: começa no cruzamento da Avenida (...)
e) Subperímetro 5 – Uberaba: começa no cruzamento da Rua (...)

[2] Art. 1º - Parágrafo 2º - Para efeitos da presente Operação Urbana, ficam excluídas da área descrita no parágrafo anterior as Zonas Z8-AV8 – Esporte Clube Pinehiros e Z8-AV8 – Associação Atlética A Hebraica e a (....)

[3] Art. 1º - Parágrafo 3º Para os efeitos da presente Operação Urbana, fica excluída da área descrita no § 1º deste artigo, a parte remanescente da Zona de uso Z9-022 não contida na faixa de 90,00 (noventa) metros de profundidade contados a partir de (...)

[4](Tabela de Valores de Conversão de Certificados de Potencial Adicional de Construção – CEPAC, em metro quadrado

[5] Artigo 14. Os proprietários de imóveis não desapropriados e contidos nas áreas diretamente beneficiadas poderão usufruir dos seguintes incentivos:
(...)
b) permissão de uso misto residencial e comercial ou de serviços em Zonas de uso Z2, desde que atendidas as demais características de ocupação do solo para os usos conformes nesta zona;
c) mudança de uso no Corredor Z8-CR1-I, contida no subperímetro da Vila Olímpia;

[6] Artigo 15. Além das disposições gerais da legislação vigente, ficam estabelecidas, para os imóveis contidos nas áreas diretamente beneficiadas, referidas no § 1º do artigo 3º, que vierem a utilizar os incentivos desta Lei, as seguintes disposições específicas:
II – as mudanças de uso nos lotes de Subperímetro 1 – Pinheiros, contidos no Corredor Z8-CR1-I, somente serão admitidos para as Categorias R3, R2-02, C2, S2 e E2, de acordo com as seguintes exigências:

[7] Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.
§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

[8] Art. 1º - Os débitos para com a Fazenda Municipal, de qualquer natureza, inclusive fiscal, constituídos ou não, inscritos ou não, quando não pagos até a data do vencimento, serão atualizados monetariamente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, observado o seguinte:

(...)

Os agentes públicos alegaram, outrossim, sua ilegitimidade de parte, ao argumento de que os atos por eles praticados são desprovidos de cunho decisório, a saber (fls. 241/277, 261/277 e 363/403):

- a Chefe de Gabinete sustentou que seu ato restringiu-se à aprovação da "lavratura do termo de compromisso."

- o Diretor Financeiro da EMURB asseverou que não participou da avaliação dos benefícios concedidos, tampouco do cálculo da contrapartida;

- o Diretor do Departamento de Planejamento e Normatização Territorial – DEPLANO, da Secretaria Municipal de Planejamento Urbano – SEMPLA, cumulando também a atividade de Coordenador do Grupo de Trabalho, aduziu que a expedição da Certidão da referida Operação Urbana, por ele subscrita, deu-se após o despacho de aprovação da proposta pela CNLU; e

- o Presidente da Comissão Normativa de Legislação Urbanística defendeu sua exclusão do feito argumentando haver desempenhado funções meramente protocolares e de ordem, salvo em caso remoto de empate, competindo ao Plenário decidir sobre as matérias apresentadas.

Ao examinar as razões de defesa e os respectivos documentos carreados aos autos, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** retificou parcialmente sua conclusão inicial, para retirar do rol de impropriedades os itens relativos à aplicação da correção monetária sobre as parcelas e dos juros moratórios, mantendo, assim, as demais impropriedades que a levaram a opinar pela irregularidade do Termo de Compromisso em pauta (Peças 1 a 5 - fls. 338/347 e 427/439).

Quanto à **preliminar de ilegitimidade de parte** arguida pelos Defendentes, opinou caber a responsabilidade pela aprovação da citada Operação Urbana, ao Presidente da CNLU, acrescentando que a diferença a ser recolhida pela Concessionária aos cofres públicos, a título de contrapartida, é de R$ 2.302.653,68 (dois milhões, trezentos e dois mil, seiscentos e cinquenta e três reais e sessenta e oito centavos).

E, para confrontar a tese defendida pela Origem de que a mudança de uso teria amparo legal, a Especializada, valendo-se de parecer proferido pela Assessoria Jurídica desta Corte em outro processo[9], abordando o mesmo tema, assim se pronunciou:

1 – "*É certo que quando a lei não autoriza, ela veda, como corolário do princípio da legalidade a que toda a Administração está vinculada.*", o que afasta a alegação de que a alteração de uso na Zona Z1 para uso S2.1, estaria implícita na Lei Municipal nº 11.732/95;

2 – A "*análise do Projeto de Lei nº 543/93 e seus substitutivos vem demonstrar que o projeto de lei original sofreu alterações sem que tivesse ocorrido a correspondente correção do Anexo 2 da lei*" nº 11.732/95, fato esse que desconstitui a dedução de que o Anexo nº 2 contemplava a categoria de uso residencial R2-02, em lote integrante da zona de uso Z2, onde tal uso não é permitido, significando que essa mudança seria um parâmetro estabelecido para a

§ 3º - Os juros moratórios serão calculados à razão de 1% (um por cento) ao mês, sobre o montante do débito corrigido monetariamente, calculados a partir do mês imediato ao vencimento, sendo contado como mês completo qualquer fração dele.

[9] TC 8.718/97-69 – Parecer subscrito por Eveni Longo, com cópia encartada nestes autos às folhas 281/286, bem como cópia do Projeto de Lei 543/93, seu substitutivo e texto da Lei 11.732/95 (281/337)

área diretamente beneficiada, aplicando-se em todos os subperímetros, inclusive os não especificados nos artigos 14 e 15 da referida norma legal.

A **Área Jurídica** (Peças 18 e 19 - fls. 441/448), ao manifestar-se sobre a documentação acrescida aos autos, entendeu que a responsabilidade pelos atos em análise recai sobre o Presidente da Comissão Normativa – CNLU (Jorge Wilheim) e do signatário do Termo de Compromisso nº 10/02 (Luis Afonso Simoens da Silva). No tocante ao mérito, observou que as defesas trazidas não tiveram o condão de alterar as conclusões anteriores exaradas pela Auditoria e por esse Jurídico, especialmente quanto à impossibilidade de mudança de uso sem autorização legal explícita, além de remanescer a diferença da contrapartida a ser recolhida ao Erário Municipal, circunstâncias essas que revelam a ilegalidade e antieconomicidade da Operação em questão.

Pronunciando-se sobre a matéria, a **Procuradoria da Fazenda Municipal**, lastreando-se nas justificativas apresentadas pela Origem, concluiu pela regularidade formal do instrumento consubstanciado no termo de compromisso em exame (fls. 450/465).

Em circunstanciado parecer, a **Secretaria Geral** (fls. 467/492) ao tratar da legitimidade dos Interessados no presente feito, considerou responsáveis solidários o Coordenador do Grupo de Trabalho (Hussain Aref Saab), "*que aceitou previamente a proposta da interessada, com acréscimo relativo à estimativa da permissão para utilização dos recuos de frente em subsolo, antes não avaliada*" e o Presidente da CNLU, que, "*nessa qualidade, subscreveu o despacho de aprovação final da referida proposta*."

Abordando o mérito, afastou a hipótese de que a Comissão Normativa de Legislação Urbanística – CNLU, seria destinatária de poder discricionário sem limites, na apreciação de proposta relativa a imóveis contidos nas áreas indiretamente beneficiadas, por isso não tinha competência para conceder a mudança de uso em Zona 1; a uma, porque a lei reguladora (Lei Municipal nº 11.732/95) não contempla tal mudança; a duas, porque a mudança de uso é matéria de reserva legal; e a três, porque o princípio da razoabilidade não admitiria a concessão de maiores benefícios aos imóveis indiretamente beneficiados do que aos diretamente beneficiados, dada a sua menor participação nos investimentos a serem realizados.

No pertinente ao cálculo do valor da contrapartida, além de concordar ter havido subavaliação no laudo do interessado, entendeu que devem, também, ser considerados os benefícios advindos da mudança de uso de Z1 para S2.1 e do valor do aumento da Taxa de Ocupação de 50% (cinquenta por cento) para 50,85% (cinquenta vírgula oitenta e cinco por cento), posto que a declaração de nulidade desses benefícios pode não mais ser conveniente ao interesse público, caso em que, ao menos, o prejuízo ao Erário há de ser ressarcido, atentando-se ao prazo prescricional.

Em razão dessas ponderações de ordem financeira, os autos retornaram à **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (Peças 6/7 - fls. 494/496), que opinou não ser viável o cálculo dos adicionais para as outorgas não autorizadas por lei e concedidas de forma não onerosa, porque:

1 – o ato que aprovou a presente proposta de Operação Urbana é nulo;

2 – não existe lei que autorize a regularização das exceções ilegais aprovadas pela CNLU;

3 – não há critério legal de cálculo pela outorga de exceções não autorizadas por lei; e

4 – qualquer critério de cálculo adotado referente às exceções ilegais ofenderá os princípios constitucionais da legalidade e da impessoalidade.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (Peças 20/21 - fls. 499/505), pronunciando-se sobre a questão suscitada pela Secretaria Geral, reforçou a circunstância de que, além dos benefícios computados estarem subavaliados, acarretando prejuízo ao Erário Municipal, "*no cálculo do valor do benefício econômico auferido pela empresa interessada não foi computada, entre as exceções concedidas, a alteração da taxa de ocupação, a par ainda da mudança de uso para S2.1, que também não foi incluída no cálculo da contrapartida*".

Em face disso, reafirmou entender que a Operação Urbana é irregular e, constatado o prejuízo ao Erário, a sua apuração e a reparação do dano na área cível não estão sujeitas ao prazo prescricional, consoante previsto na parte final do parágrafo 5º[10], do artigo 37, da Constituição Federal, ressaltando que as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas têm eficácia de título executivo, em conformidade com o disposto no parágrafo 3º[11], do artigo 71, da Constituição Federal.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal**, declarando-se ciente do acrescido aos autos, aduziu que em nada alterou sua convicção no tocante à regularidade do ato em exame (fl. 507).

Nesse momento processual, a Câmara Municipal de São Paulo, por intermédio do Vice-Presidente da Comissão de Orçamento e Finanças[12], requereu cópia de todos os processos relativos à Operações Interligadas e das Operações Urbanas Faria Lima, Água Branca e Água Espraiada, em análise neste Tribunal de Contas, tendo em vista a notícia de eventuais e graves prejuízos ao Erário Público, sendo deferido o pleiteado (13/12/09 – fls. 509/520).

Em nova manifestação, a **Secretaria Geral** (fls. 525/550), enfocando o fato dos benefícios indevidamente concedidos não terem acarretado quaisquer ônus para a empresa beneficiada com a mudança de uso para S2.1 e com a elevação da taxa de ocupação, concluiu que a "*moderna doutrina administrativa não aceita o absolutismo da regra de que os atos inválidos não geram efeito algum, impondo-se soluções que prestigiem os princípios da segurança jurídica e da boa fé, além da proteção ao interesse público*"[13].

E, considerando que "*o pagamento da contrapartida efetivamente devida repercute na decisão de preservação ou eliminação dos efeitos do ato nulo, por fazer desaparecer o prejuízo antes existente*"[14], entendeu ser "*perfeitamente possível o cálculo da exceção não contemplada pela lei, no total da contrapartida*"[15] a ser paga pelo Interessado, computando-se a integralidade dos benefícios auferidos.

Relativamente ao tema da prescrição, trazendo farta doutrina, esclareceu que, a rigor, o prazo para a Administração exercer a autotutela, constitui decadência a qual, diversamente do prazo prescricional, não se interrompe nem se suspende, salvo disposição expressa em lei, por isso devendo a Prefeitura do Município de São Paulo ser alertada para a observância do lapso de

---

[10] Parágrafo 5º. 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.
[11] **Art. 71.** O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
Parágrafo 3º. As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.
[12] Vereador Aurélio Miguel
[13] Folha 548
[14] Folha 536
[15] Folha 549

dez anos, consoante legislação aplicável, no caso a Lei Municipal nº 14.141/2006, conforme disposto no artigo 48[16], alterado pela Lei Municipal nº 14.614/2007.

Por conta dessa limitação temporal, que atinge o direito estatal de agir, aquela Secretaria Geral propôs o encaminhamento de sugestão à Comissão que trata da alteração da Lei Orgânica desta Corte de Contas, "*para que insira artigo estabelecendo que a determinação do Tribunal à Administração Pública, para anular contrato ou ajuste congênere, tenha o efeito de interromper o prazo de decadência previsto, elaborando-se, desta forma, a lei autorizada no art. 207[17], do Código Civil Brasileiro*", mantendo, no mais, todas as linhas de seu parecer de folhas 467/492.

Considerando as implicações financeiras apontadas no parecer da Secretaria Geral, os autos retornaram à **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (Peça 8 - fls. 552/553), que elaborou novo cálculo, incluindo todas as exceções concedidas na operação urbana ora apreciada, independentemente de sua pertinência, apurando que o valor do **benefício auferido pela Interessada foi de R$ 5.550.999,96** (cinco milhões, quinhentos e cinquenta mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa e seis centavos), por isso a contrapartida, calculada em 80% (oitenta por cento), representa o valor de R$ 4.440.799,97 (quatro milhões, quatrocentos e quarenta mil, setecentos e noventa e nove reais e noventa e sete centavos), gerando um **saldo de R$ 2.320.799,97** (dois milhões, trezentos e vinte mil, setecentos e noventa e nove reais e noventa e se te centavos - (jan/2002), a ser pago pela Interessada, a título de diferença de contrapartida, já descontado o valor por ela recolhido à época, no montante de R$ 2.120.000,00 (dois milhões, cento e vinte mil reais).

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fl. 555) declarou-se ciente da documentação acrescida aos autos, reiterando suas anteriores promoções, no sentido de haver o reconhecimento da regularidade dos atos em exame ou, alternativamente, o acolhimento de seus efeitos econômicos e após, encerrada a fase de instrução, o Órgão Fazendário (fls. 569/579), a título de aditamento às razões de defesa, apresentou "*considerações complementares acerca da matéria aqui examinada*", aduzindo em suma que, "*durante toda a vigência da Lei nº 11.735/95, até 2004, a postura da Administração foi mantida, sempre apoiada no entendimento dos técnicos que ajudaram na elaboração do texto legal, no sentido das restrições do artigo 15 não se aplicarem às áreas indiretamente beneficiadas.*".

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (Peça 22 - fls. 584/590) registrou o posicionamento daquela Área Técnica, em relação ao tema da responsabilidade pelos vícios decorrentes dos achados da Auditoria e, por tratar-se de atos decorrentes de decisões exaradas por órgão colegiado, todos os que concorreram para a sua formação respondem e não exclusivamente seu dirigente.

---

[16] Art. 48-A. A Administração, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, anulará seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornem ilegais, salvo se:
I - ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contados de sua produção;
II - da irregularidade não resultar qualquer prejuízo;
III - forem passíveis de convalidação.

[17] Artigo 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

No mérito, ratificou o entendimento de ser irregular a operação urbana "sub examine", pela aplicação da citada Fórmula de Adiron, indevidamente utilizada pela Origem, que resultou na concessão de benefícios ao imóvel em tela, não permitidos por lei.

No tocante à exegese dos artigos 15 e 16 da então vigente Lei Municipal nº 11.732/95, apresentada na manifestação superveniente do Órgão Fazendário, para defender o procedimento adotado pela Origem, a Assessoria Jurídica juntou cópia do seu parecer proferido no TC 2.302/2003, no qual concluiu "*que não procedem as justificativas trazidas pela D. Procuradoria da Fazenda Municipal, muito embora não devam ser desconsideradas razões de segurança jurídica (...)*", mantendo as demais conclusões anteriormente exaradas.

A Secretaria Municipal de Gestão, a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e SP Urbanismo e a empresa Interessada manifestaram-se (fls. 628/648, 651/659 e 671/682) e defenderam a legalidade dos atos praticados relativos à Operação Urbana nº 88-FL.

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (Peças 9/10 – fls. 661/663 e 685/685vº) examinou os argumentos e documentos apresentados e verificou não haver elementos para alterar os resultados de suas análises, ressaltando que a empresa Jal Empreendimentos e Participações Ltda. alegou ter permutado o imóvel com outra empresa, a qual seria a responsável pelo processo da Operação Urbana em tela, mas não comprovou os fatos expostos, motivos pelos quais a Especializada ratificou suas conclusões anteriores, reafirmando que a diferença do valor a pagar a título de contrapartida é de **R$ 2.320.799,97** (dois milhões, trezentos e vinte mil, setecentos e noventa e nove reais e noventa e se te centavos - data base jan/2002).

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (Peça 23 – fls. 687/690) acompanhou a manifestação da Auditoria e manteve o entendimento quanto à irregularidade da Proposta de Participação 88 – FL.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fls. 692/722) reiterou seu requerimento pela regularidade dos atos analisados e juntou cópia da resposta da Procuradoria Geral do Município, de 26/06/2017, à Consulta formulada pela Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento – SMLU a respeito de pontos da Operação Urbana impugnados por este Tribunal de Contas, na qual posicionou-se não haver responsabilidade objetiva solidária dos agentes públicos, sendo imprescindível a demonstração de culpa ou dolo para a devida responsabilização. No tocante à competência da CNLU sustenta que o artigo 16 da Lei 11.932/95 estabeleceu uma margem de discricionariedade àquele órgão colegiado.

A **Secretaria Geral** (Peças 26/27 - fls. 601/608 e 724/727), reiterou seu entendimento quanto à irregularidade da Operação Urbana em comento após ressaltar que os incentivos que poderão ser concedidos aos proprietários de imóveis nas áreas diretamente ou indiretamente beneficiadas são os previstos especificamente em lei, não cabendo à CNLU, em qualquer hipótese, ampliar os limites destes benefícios, que já são uma exceção à legislação de uso, parcelamento e ocupação de solo vigente, significando que a utilização da "Fórmula de Adiron" também fere o princípio da legalidade, uma vez que não estava prevista na Lei Municipal n. 11.732/95.

O **Sr. Secretário Geral**, ao pronunciar-se, enfatizou que "as normas regentes das ditas operações urbanas consorciadas se submetem ao **princípio da reserva legal** – devem ser veiculadas por lei em sentido estrito, porquanto reveladoras de prescrições que contrariam o regime ordinário de ordenamento urbano – e demandam uma **interpretação restritiva** – porque

excepcionam a regra geral. Nessa senda, não há de ser admitida a cumulação de benefícios previstos em leis diversas sem que haja autorização específica em lei própria."

No pertinente à responsabilidade pelos atos aqui analisados, com base nos princípios princípios que norteiam o devido processo legal substantivo (tais como o da efetividade, da celeridade e da ampla defesa material), aventou a possibilidade de ser examinada em momento oportuno e em expediente próprio e trouxe à colação excerto de seu parecer lançado no TC 2302/2003, que trata, igualmente, de PROPOSTA DE OPERAÇÃO URBANA FARIA LIMA tida por irregular, abaixo transcrito:

"*Portanto, considerando a atuação de inúmeros agentes nas diversas etapas da análise da proposta de participação na operação urbana em tela, a imputação de responsabilidade pelos vícios encontrados pode demandar o excessivo alargamento da instrução para a apuração do elemento subjetivo dos envolvidos, o que, por motivo de ordem processual, justificaria, a meu ver, restringir o objeto desta auditoria, neste primeiro momento, ao exame da legalidade do ato.*

Em conclusão, opinou pela "irregularidade da participação na OUFL ora examinada, tendo em conta os achados de auditoria não infirmados ao longo da instrução processual."

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 34), entendendo que incorreu a prescrição; na mesma linha seguiu a Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral (peças 36 e 37).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de análise do reconhecimento da prescrição ocorrida no presente feito que aborda a Certidão nº 29/03-SEMPLA, emitida pela então Secretaria Municipal de Planejamento Urbano e do **Termo de Compromisso número 10/02/EMURB, decorrentes da Proposta de Operação Faria Lima nº 88-FL**, formalizados entre a **Prefeitura do Município de São Paulo** e a empresa **JAL – Empreendimentos e Participações Ltda.**

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

> *"Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos."*[18]

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*."[19]

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."*[20]

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.*"[21] 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 (...)"*[22]

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

---

[18] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[19] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[20] 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.
[21] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[22] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

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.*** *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[23], 897[24], 899[25] 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*

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

> *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 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[26], 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

[26] 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)

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 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 após respostas da Origem e dos interessados, peça 5.

Verifica-se que, o marco temporal apontado ocorreu na data 12.03.08 (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[27] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[28] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[29] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[30] 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

---

[27] 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.

[28] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.
[29] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
(...)
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
[30] 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 14:47:58 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 1571/2003

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 12:11:20 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo