ACO-UTR-524/2023

| | | |
|---|---|---|
| Processo | - | TC/001589/2014 |
| Procedência | - | Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano (atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento)/Empresa Municipal de Urbanização (atual São Paulo Urbanismo) |
| Interessado | - | [redacted] |
| Certidão | - | 26/13/SMDU/CTLU |
| Objeto | - | Construção de habitações para população de baixa renda – Operação Urbana Água Branca AB-080/2012 |

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. CERTIDÃO. SMUL. SP URBANISMO. Operação Urbana Água Branca. Construção de Habitações para população de baixa renda. 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, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

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

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

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

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

São Paulo, 27 de setembro 2023.

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

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 10/11/2023 09:26:59 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 13/11/2023 10:48:56 -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 1589/2014 Análise**

**Objeto:** - Participação na Operação Urbana Água Branca, decorrente da Proposta nº AB-080/2012, [redacted] Certidão nº 26/13/SMDU/CTLU – OUAB.

**Interessadas:** Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano

**Relator:** Conselheiro Eduardo Tuma

**Competência:** Pleno

## RELATÓRIO

Cuida o presente da análise da **Certidão 26/13/**SMDU/CTLU, relativa à proposta de participação na Operação Urbana Água Branca, nºAB-080/2012, formulada pelo **Sr.** [redacted] pela qual pleiteou a alteração de índices e ocupação do solo no imóvel localizado nesta Capital na Avenida Turiassu nºs 1.673 e 1.687, com amparo na Lei Municipal nº 11.774/95.

A referida Proposta recebeu o parecer favorável do Grupo de Trabalho Intersecretarial – GTI (fls. 147), com observações quanto a vagas para bicicleta e ao percentual de permeabilidade e, seguindo para a Câmara Técnica de Legislação Urbanística – CTLU, foi aprovada, em 22/08/2013 (fls. 155/157), gerando a contrapartida financeira no valor de R$ 6.718.529,56 (seis milhões setecentos e dezoito mil quinhentos e vinte e nove reais e cinquenta e seis centavos), a ser paga pelo Interessado.

Uma vez ocorrido o pagamento do valor integral da contrapartida e emitido o correspondente Termo de Quitação pela SP Urbanismo (fl. 186 – 22/10/2013), houve a expedição da Certidão nº **26/13/**SMDU/CTLU (fla. 190/19vº), contendo os novos parâmetros aprovados e permitidos pela Operação Água Branca, dentre os quais a outorga onerosa referente ao aumento de coeficiente de aproveitamento da área de 1,0 para 4,0 vezes a área do lote, para a construção do empreendimento apresentado pelo Proponente.

Ao analisar a Operação Urbana em foco, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle - SFC** (fls. 220/239 – 24/11/2014 – p.1) identificou as seguintes inconformidades no processo de sua aprovação:

"1 – (6.1) - Com relação ao Laudo de Avaliação (fls. 90 - 141) aqui analisado, concluímos que não foram respeitadas integralmente as recomendações e/ou determinações das Normas

Técnicas Brasileiras de Avaliações (ABNT e IBAPE/SP) quando da aplicação do Método Comparativo Direto de Dados de Mercado (subitem 5.2).

Tais procedimentos, equivocados em relação aos recomendados pelas Normas Técnicas vigentes, resultaram num valor unitário de terreno (vt1 = vut = R$ 2.756,71/m2 (fl. 117), para a data-base de março de 2013), comprometido e/ou subestimado, em função da utilização de uma amostra (pesquisa imobiliária) não condizente com as características extrínsecas e intrínsecas relativas ao imóvel avaliando, dentre outros diversos fatores envolvidos na determinação do Valor de Mercado (subitens 5.2.2 e 5.2.4).

Há evidências que o valor unitário de terreno está subavaliado, conforme se observa tanto na matéria publicada pelo Jornal "Folha de São Paulo", em 31.07.2011 (fl. 210), a qual relata que o Valor de Mercado já alcançava vut = R$ 3.500,00/m2 no mercado imobiliário local à época, quanto pelo imóvel posto à venda na Av. Francisco Matarazzo, nº 426, onde o proprietário, atualmente (novembro de 2014), oferta o terreno pelo valor unitário de vut = R$ 8.500,00/m2 (subitem 5.2.4).

2 – (6.2) - Como decorrência das irregularidades constatadas na avaliação do valor unitário do terreno, concluímos que a Contrapartida financeira, paga pelo interessado (C = R$ 6.718.529,56), está subestimada (subitens 5.3.1 e 5.3.2).

3 – (6.3) - A aplicação do fator de redução do valor da Contrapartida utilizado pelo avaliador (no Laudo de Avaliação), pela SP – Urbanismo (na análise da Proposta) e pela CTLU (na aprovação da Proposta), por meio de Resolução, não aprovado por Lei, ofende aos Princípios Constitucionais da Legalidade e da Impessoalidade previstos no artigo 37 da Constituição Federal, pois, sem definição por lei, não cabe fator de redução algum (subitem 5.3.3).

4 – (6.4) - As anuências a serem concedidas pelos seguintes Órgãos de Licenciamento quanto à implantação do projeto, no caso: a SMT / CET (subitem 5.4.1), o IV COMAR (subitem 5.4.2) e a SVMA, no caso do Laudo Técnico de Avaliação de Risco Ambiental (subitem 5.4.3), deveriam ocorrer antes da aprovação da proposta pela CTLU, haja vista que a existência de qualquer fato impeditivo poderia tornar o empreendimento inviável, com a necessidade de devolução da Contrapartida financeira e demais providências cabíveis."

Nos termos regimentais, para fins de ciência e manifestação no presente feito, determinou-se a intimação dos responsáveis nomeados às fls. 241/241v [1], agentes da SP-Urbanismo, participantes das 6ª e 8ª Reuniões da CTLU, realizadas, respectivamente, em 06/08/2009 (fl. 211) e 22/08/2013 (fl. 201), com direito a voto.

[1] SP-Urbanismo: Angela dos Santos Silva (Analista de Desenvolvimento) [Coordenador do GTI, Vladimir Ávila **não incluso no rol**]
**Membros da 6ª Reunião:** Miguel Luiz Bucalém; Rubens Chammas; Debora Sibantos Penteado Grimaldi, Luiz Laurent Bloch; Helena Lania de Araújo; Giovanni Palermo; Liliana de Almeida Ferreira da Silva Marçal; Aideli Salete Urbani Brunelli; Hussain Aref Saab; Pedro Luiz Ferreira da Fonseca; Irineu Gnecco Filho; Ciomara Marinho Ciccone; Vladir Bartalini; Jorge Pinto Furini; Ronald E.M.Y. Dumani; Larissa Campagner Arcuri; Eduardo May Zaidan e Pedro Ernesto Py.
**Membros da 18ª Reunião**: Weber Sutti; Júlio César de Moura Oliveira, Paulo César Sperdutti; Luiz Guilherme Silveira Monteiro; Priscila Specie; Daniel Todtamann Montandon; Eduardo Ignácio de Faria; Roberto Angotti Junio; Paula Maria Lara; Vicente Pedro Maria Petrocelli; Mozart Correa Filho; Patricia Marra Sepe; Vladir Bartalini; Fernando Ferreira Lima Martines; Eduardo Della Manna; Odair Garcia Senra; Guilherme Cotait; Luis Frederico Rangel de Freitas; Pedro Rinaldi de Oliveira Lima; João Fernando Pires Meyer; Paulo Ricardo Giaquinto e Gianfranco Vannucchi

Os intimados defenderam a legalidade da Operação Urbana, sendo que a maioria deles, direta ou indiretamente, alegou não ter responsabilidade pelas inconformidades identificadas pela Auditoria e arguiu ilegitimidade de parte, invocando as mais diversas justificativas, a saber:

1 - a Sra. Ângela dos Santos Silva (fls. 366/373), analista da SP-Urbanismo e responsável pela elaboração de relatório referente ao laudo de avaliação, alegou ter seu trabalho caráter meramente instrutório e não vinculante ou deliberativo, competindo à CNLU apreciar e aprovar a operação urbana.

2 – Alegaram não terem participado da 8ª Reunião da CLTU, os Srs. Giovanni Palermo (fls. 477/479), Liliana de Almeida Ferreira da Silva Marçal (fls. 271/282) e Ciomara Marinho Ciccone (fls. 461/464).

3 – Argumentou existir vedação legal quanto à responsabilidade objetiva dos agentes públicos, os Srs. Luiz Laurent Bloch (fls. 433/446).

4 - Srs. Hussain Aref Saab (fls. 420/432), Luiz Frederico Rangel de Freitas (fls. 514/516) e Gianfranco Vannucchi (fls. 517/519) alegaram que os membros do colegiado (CTLU) não tem responsabilidade individual.

5 – Aduziram não serem responsáveis pelos atos irregulares, quer por atribuírem ao Grupo de Trabalho Intersecretarial a análise da operação sob o aspecto urbanístico e financeiro, quer por não terem a atribuição ou expertise para conferência dos parâmetros aprovados pelo GI e pela CTLU/SMDU, os Srs. Fernando Ferreira Lima Martines (fls. 578/581) e o Sr. Pedro Ernesto Py (fls. 341/344), representante da ONG Defenda São Paulo.

6 – Sustentaram ser parte ilegítima por não haver votado na 6ª Reunião da CTLU a Sra. Debora Sibantos Penteado Grimaldi, sem direito a voto na qualidade de Secretaria Executiva da CTLU (fls. 328/336) e os Srs. Pedro Luiz Ferreira da Fonseca (337/340) e Helena Lania de Araujo (fls. 466/476), participantes na condição de suplente, cabendo aos respectivos titulares, igualmente presentes, o exercício do direito a voto.

7 – O Sr. Pedro Rinaldi de Oliveira Lima (fl. 640/656), representante da FIESP, sustentou ser parte ilegítima por não haver participado da votação que aprovou a Operação Urbana em tela, item 1 da pauta da 8ª Reunião Extraordinária da CTLU, porquanto a ata registrou sua presença a partir do 5º item dos trabalhos.

8 – Argumentaram não constar do rol de responsáveis formulado no relatório da Auditoria, os Srs. Júlio César de Moura Oliveira (fls. 489/497), Paulo César Sperduti (fls. 498/509), Luiz Guilherme Silveira Monteiro (fls. 506/513) e Vicente Pedro Maria Petrocelli também alegou sua ausência na 8ª R.E.(fls. 609/615).

9 – O Presidente da 6ª Reunião da CTLU, Sr. Miguel Luiz Bucalém (fls. 747/753), e o Sr. Weber Sutti, Presidente da 8ª Reunião Extraordinária da CLTU, alegaram que as deliberações desse órgão colegiado são atribuições do plenário cabendo ao seu dirigente proferir voto, somente na hipótese de empate.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 772/787v – Peça 3 – 23/09/2015), analisou as 39 (quarenta e uma) defesas apresentadas, especificadas no quadro de fls. 773 e concluiu:

**I – Preliminarmente**:

I.I – Do rol de 41 (quarenta e um) intimados, apenas 2 (dois) deles não apresentaram defesa até o presente momento: o representante da FAU-USP (Sr. João Fernando Pires Meyer) e o representante do Gabinete do Prefeito (Sr. Rubens Chammas).

I.II - O Srs. Júlio César de Moura Oliveira, Paulo César Sperdutti, Luiz Guilherme Silveira Monteiro e Débora Sibantos Penteado Grimaldi, embora pertençam à CTLU/SMDU não têm direito a voto na seção plenária, motivo pelo qual não deveriam ser intimados.

I.III - Em 21 (vinte e uma) das defesas apresentadas, os intimados (com direito a voto) somente alegaram ilegitimidade de parte, no intuito de afastar suas responsabilidades sobre ilegalidades / irregularidades apontadas, não se manifestando sobre os demais aspectos técnicos analisados no âmbito desta Coordenadoria VI.

**II – No Mérito**:

**II.I – Apontamento 6.1 - Laudo de Avaliação**.

1 - A atividade exercida pela Analista, Sra. Angela dos Santos Silva, não é meramente instrutória ao analisar o Laudo de Avaliação, porquanto "dentre os demais profissionais da Origem relacionados à Operação Urbana, pelas suas qualificações (membro titular do IBAPE/SP, como já o fez constar em outros processos de Operações Urbanas) é a pessoa capacitada tecnicamente para a devida aferição, inclusive alertando quanto a possíveis distorções de premissas técnicas adotadas pelo avaliador e questionar os dados por ele considerados.

2 - O fato do parecer técnico da Analista não ser vinculatório não exime a Analista de apontar as irregularidades e descumprimento das Normas Técnicas, na medida em que balizará a decisão da CTLU.

3 – Não se questiona o método avaliatório adotado na proposta - o Método Comparativo de Dados de Mercado, o mais recomendado para a obtenção do valor de mercado, desde que seja aplicado estritamente conforme preconizam as Normas Técnicas, o que, de fato, não ocorreu no presente caso.

4 – O avaliador utilizou-se de 20 (vinte) elementos comparativos na composição de sua amostra imobiliária e de nada adianta trabalhar com essa grande amostra, se a maior parte dela é composta de elementos comparativos que não se assemelham ao imóvel avaliando.

5 – Recomendam as Normas Técnicas a coleta de "elementos amostrais mais semelhantes possíveis ao avaliando, em todas as suas características..."

6 - Em outras palavras, mais vale realizar uma pesquisa imobiliária planejada, ou seja, fazendo-se uma triagem da amostra de forma mais qualitativa do que quantitativa (desde que respeitados as quantidades mínimas normativas), priorizando o fundamento básico do Método Comparativo de Dados de Mercado, que é: a semelhança da amostragem com o imóvel avaliando. Desta forma, evitar-se-ia que o valor final resultasse distorcido e, portanto, incorreto.

7 - Quanto à ausência de elementos comparativos contemporâneos ao Laudo de Avaliação: "em primeiro lugar, o avaliador não deixou claro em seu trabalho qual foi o índice econômico utilizado para atualizar a pesquisa imobiliária apresentada (fl. 231vº), em segundo lugar, as Normas Técnicas não recomendam a utilização de tais índices econômicos para atualizar os elementos comparativos, por mais úteis e consagrados que sejam para serem aplicados a outros fins, que não, em Laudos de Avaliação."

8 - O avaliador deve suprir seu banco de dados com a coleta de novas pesquisas imobiliárias realizadas a partir de diligências à mesma região geoeconômica do imóvel avaliando,

através de consulta às imobiliárias que nela atuam, garantindo assim, informações fidedignas e atualizadas.

9 - As alegações de que os imóveis trazidos como parâmetros pela Auditoria provavelmente incluem os valores das benfeitorias, não se sustenta, pois, tanto na matéria jornalística de 31.11.2011 (fl. 210), quanto nas fotografias do imóvel ofertado em novembro de 2014 (fls. 233 – 233vº) é explícito o fato de que os valores referem-se aos valores unitários de terreno (terra nua), ou seja, desprovidos de benfeitorias.

**II.II – Apontamento 6.2 - Contrapartida financeira subavaliada**

1 - "Tendo em vista que o cálculo da Contrapartida Financeira é determinado, tanto em função dos parâmetros urbanísticos requeridos na proposta de participação na OUAB, quanto pelo valor unitário de terreno proveniente do Laudo de Avaliação (fornecido pelo avaliador contratado pelo interessado), valem aqui as mesmas considerações já expostas no tópico anterior.

2 - Os defendentes apontam que a diferença entre a Contrapartida efetivamente paga e a estimada pelo Agente de Fiscalização (a título ilustrativo) é da ordem de 20%, tal qual já havia sido apontado no relatório desta Coordenadoria VI (fl. 234).

Pois bem, na realidade é bem provável que essa diferença seja ainda maior, uma vez que:

2.1) o valor de vut = R$ 3.500,00/m2 é proveniente da matéria jornalística datada de 31.07.2011 (fl. 210);

2.2) A data do Laudo de Avaliação do interessado é de 01.04.2013, quando foi apurado o valor do vt1 = vut = R$ 2.756,71/m2;

2.3) cabe destacar que a informação sobre o valor unitário de terreno, contida na matéria jornalística, antecede em cerca de dois anos (um ano e oito meses) e localiza-se em área menos valorizada (Distrito da Lapa – Subdistrito da Barra Funda) do que a da presente proposta de UOAB, ou seja, na Rua Turiaçu (Distrito da Lapa – Subdistrito das Perdizes).

3 - Uma vez observado que o valor unitário de terreno oriundo do Laudo de Avaliação está subestimado, automaticamente, a Contrapartida Financeira também resulta subestimada."

**II.III – Apontamento 6.3 – Fator de redução do valor da contrapartida**

"A Lei Municipal nº 11.774/95 – OUAB é uma lei que excepciona a legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo; consequentemente deve ser interpretada restritivamente, ou seja, se não foram definidos os critérios para se adotar qualquer valor abaixo de 100% (cem por cento) do valor do benefício econômico concedido ao particular para o cálculo da contrapartida, não cabe à CTLU fazê-lo.

A Resolução SMDU.CTLU/16/2009 que definiu os critérios para a adoção do fator de contrapartida é ilegal, pois a CLTU não tem competência para legislar sobre essa matéria.

(...)

Qualquer ponderação por parte do servidor público visando viabilizar o empreendimento particular, será um ato subjetivo que vai de encontro ao Princípio Constitucional da Impessoalidade.

Além disso, ao agir fora das regras legais, o servidor público estará também ofendendo o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e o Princípio Constitucional da Legalidade."

**II.IV – Apontamento 6.4 – Aprovação sem anuência prévia de outros órgãos de licenciamento**

Ao exigir a anuência da SMT/CET, IV COMAR e SVMA, a CTLU não estaria invadindo a competência da SEHAB/APROV, como afirmam os defendentes.

É oportuno destacar que, a Coordenadoria de Edificação de Uso Comercial e Industrial – COMIN, da Secretaria Municipal de Licenciamento – SEL, sucedeu a SEHAB/APROV em suas atribuições.

Cada um desses órgãos pode, dentro da sua competência legal, fazer exigências que, futuramente, quando da análise do projeto pelo órgão de aprovação (atual COMIN), obrigar o empreendedor a efetuar alterações no projeto que alterem as características do empreendimento, tais como a taxa de ocupação do terreno (TO), o coeficiente de aproveitamento (CA), ou até mesmo, que possam inviabilizar o empreendimento como um todo, tal como a suspeita de existência de contaminantes em seu solo e subsolo, o que também refletirá no valor da contrapartida.

Desta forma, compete à CTLU exigir da interessada os licenciamentos necessários previamente à aprovação da proposta de participação na OUAB.

Em conclusão, ratificou na íntegra as conclusões alcançadas no Relatório de Análise de Mérito, de 24.11.2014 (fls. 238-239).

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 799/805 – Peça 5– 26/02/2016), ao analisar a preliminar de ilegitimidade de parte, entendeu que, além dos 4 intimados mencionados pela SFC, mereceriam também ser excluídos do feito:

1 - Os Srs. Miguel Luiz Bucalem (fls. 747-753) e Weber Sutti (fls. 520-534), na qualidade de Presidente da CTLU, respectivamente na 6ª e 8ª Reuniões do colegiado, "por não exerceram o voto de desempate, descrito no art. 8º, §1º da Resolução SMDU/CTLU nº 001/093 , não aprovando as decisões."

2 - O Sr. Pedro Luiz Ferreira da Fonseca (fls. 337-340) e a Sra. Helena Lania de Araújo (fls. 466-468), pois ambos eram suplentes, o primeiro da SEHAB e a segunda de SMDU, e os titulares das pastas estavam presentes na votação. Dessa forma, nos termos do Regimento da CTLU, como suplente apenas teria direito a voto na ausência, impedimento ou suspeição do seu titular 4 , o que não foi alegado.

3 – O Sr. Pedro Rinaldi de Oliveira Lima (fls. 640-643), embora representante titular da FIESP presente na 8ª Reunião Extraordinária, alega que ingressou no Plenário após a votação, conforme item "5" da ata (fl. 646). Compulsando os autos, verifica-se, de fato, que a votação da proposta em análise ocorreu no início da sessão, e não consta voto de representante da FIESP (fl. 201- 202).

4 - O Sr. Vicente Pedro Maria Petrocelli (fls. 609-615) alegou que, embora arrolado na ata da 8ª Reunião Extraordinária, não estava presente e, portanto, não votou, comprovado pela lista de presença de fl. 620, na qual não consta sua assinatura. Contudo, na cópia da ata de fls. 208, da respectiva reunião, consta assinatura de ambos os representantes da SMT, o Sr. Vicente, como membro titular e o Sr. Ronaldo Tonobohn, como suplente e neste caso o membro votante seria o titular. Com isso, sugeriu oficiar a Secretaria Executiva da CTLU para esclarecimentos

No tocante à responsabilidade pela aprovação da proposta de alteração de padrões urbanísticos, ressaltou ser atribuição da CTLU, órgão colegiado, "de forma que seus integrantes – e não apenas seu Presidente2 – podem vir a responder pelos vícios constatados no processo decisório, sempre de acordo com a manifestação individualmente considerada."

Tanto os membros de órgãos públicos com formação técnica na área de planejamento e gestão urbanísticos quanto os representantes da sociedade civil respondem pessoalmente pelas irregularidades, na medida da participação de cada um, vez que a nomeação dos integrantes da CLTLU ocorreu de forma pessoal, "através de Portaria editada pelo Sr. Prefeito, nos termos do artigo 1º, § 1º, do Decreto Municipal nº 27.366/1988."

No entanto, no presente caso, em razão de a Auditoria haver constatado que a CTLU apoiou-se em análise falha do Laudo de Avaliação, realizada pela Analista da SP-Urbanismo, dentro do âmbito do Grupo de Trabalho, seus integrantes podem igualmente ser responsabilizados.

No mérito, entendeu que a avaliação apresentada pelo Proponente valeu-se de amostras cujas características não poderiam servir como paradigma para o caso em tela, posto que, a Equipe Técnica, identificou a distorção nos elementos amostrais e, ainda, apontou o fato de as Normas Técnicas vigentes terem sido aplicadas em sua integralidade, gerando subavaliação do valor unitário do terreno (item 6.1) e, por conseguinte, o da contrapartida financeira (item 6.2).

Quanto ao fatores de redução (item 6.3), ressaltou que o benefício não poderia ser concedido sem permissão legal específica, significando ter a decisão da CTLU extrapolado os limites da Lei Municipal nº 11.774/95, legislação de regência, a qual não prevê tais possibilidades, e por isso não permite interpretações nem a aplicação por analogia de leis específicas de outras operações urbanas, que se submetem ao princípio da reserva legal.

No que concerne ao item 6.4 – falta de prévia anuência da SMT / CET, o IV COMAR e a SVMA, acompanhou as conclusões da Auditoria, por seus próprios fundamentos, porquanto o exercício da atividade pública exige que os atos complexos observem uma sequência lógica incindível, sem condicionantes que possam eventualmente modificar o ato anterior já produzido.

Por essas razões e por não haver justificativas trazidas pelos Defendentes capazes de sanar as irregularidades levantadas pela Auditoria, opinou que a operação urbana sub examine não reúne condições de acolhimento.

Oficiadas, a **Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano –SMDU e a Secretaria Executiva da CTLU** (Câmara Técnica de Legislação Urbanística), apresentaram seus esclarecimentos às folhas 815/822, e sobre a dúvida acerca da participação do Sr. Vicente Pedro Maria Petrocelli, na 8ª Reunião Extraordinária da CTLU, o Secretário Executivo informou sua ausência (fl. 816).

Ao analisar as justificativas da Origem, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (fls. 828/829v – 20/02/18 – peça 4) destacou que os argumentos repetem aqueles aduzidos nas defesas oferecidas pelos agentes públicos que compunham a SMDU e, mais especificamente, a SMDU/SEOC/CTLU, e concluiu:

"tendo sido examinados todos os aspectos eminentemente técnicos das argumentações contidas na manifestação trazida aos autos pelos oficiados, constatamos que tais argumentos não foram suficientes para alterar nossos entendimentos anteriores, ou seja, nada do que foi acrescido altera as convicções acerca da conclusão alcançada à fl. 787vº, bem como, daquelas constantes do Relatório de Análise de Mérito que a precederam (fls. 238/239)."

Por sua vez, o Interessado, **Sr.** [redacted] chamado a tomar ciência dos pareceres dos órgãos técnicos, apresentou as razões de folhas 838/856, nas quais afirmou:

1 - haver cumprido todos os requisitos exigidos em lei que culminaram na aprovação da proposta à participação na Operação Urbana Água Branca;

2 – inexistir violação ao princípio da ilegalidade;

3 – causar insegurança jurídica pelo questionamento de um procedimento administrativo encerrado em 2013;

4 – inexistir irregularidades no laudo de avaliação que instruiu a proposta do Interessado;

5 – endossar os argumentos jurídicos expostos pela Origem às fls. 818/822, referentes às discordâncias subjetivas quanto ao laudo de avaliação e, nesse sentido, também invocou o precedente do TCM no julgamento do TC 4.751/2005, cujo Acórdão acolheu o ajuste por falta de elementos firmes e seguros de prejuízo ao erário (Trânsito em julgado em 03/04/2015).

6 – A exigência de anuência prévia de outros órgãos públicos (SMT/CET, IV COMAR, SVMA) quanto à implantação do projeto, foge ao procedimento administrativo de adesão à OPUAB.

7 – Na aplicação do fator de redução previsto na Resolução SMDU/CTLU 16/2019, tal qual analisado pela AJCE (fl. 831/834), observou-se o patamar mínimo de 60%, sem configurar ilegalidade.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 831/834 – 14/06/2018 e 859/861 – 03/09/2018 – Peças 7/8), assim manifestou-se sobre a documentação acrescida:

- "o Sr. Secretário Executivo da CTLU confirmou que o Sr. Vicente não estava presente na 8ª Reunião Extraordinária, portanto, não teria participado na votação acerca da proposta em análise, o que possibilita o acolhimento de sua arguição de ilegitimidade de parte";

- a responsabilidade pelas irregularidades constatadas recairia sobre e inúmeros agentes nas diversas etapas da análise da proposta de participação na operação urbana em tela (integrantes do Grupo Técnico Intersecretarial e membros da CTLU), o que demandaria o alargamento da instrução para a apuração do elemento subjetivo de cada agente envolvido, razão pela qual ponderou "restringir o objeto desta auditoria, neste primeiro momento, ao exame da legalidade do ato."

- Quanto ao fator de redução, a CTLU atuou em consonância com o que dispunha o texto legal, quando da aprovação da proposta, restringindo-se as críticas às disposições da Lei da

Operação Urbana Água Branca ao permitir discricionariedade quanto ao cálculo da Contrapartida financeira, o que, no entanto, não pode ensejar responsabilidade aos membros da comissão que atuaram de acordo com a norma.

- não há rito processual estabelecido, porém a eficiência e a economia processual demandam a prévia anuência dos órgãos específicos quanto à aprovação da Proposta de Operação Urbana.

- sobre as considerações apresentadas pelo Proponente, fez "remissão às conclusões já alcançadas por AUD, que, em mais de uma oportunidade, asseverou que o valor unitário do terreno, oriundo do Laudo de Avaliação que embasou a expedição da Certidão em exame, está subestimado, e, consequentemente, a contrapartida financeira decorrente, também resultou subestimada";

- não prospera a alegação do Proponente de que o procedimento fiscalizatório instaurado por este Tribunal causaria insegurança jurídica ao Interessado, "considerando que a Certidão em apreço foi expedida em 26 de novembro 2013 e o presente processo foi autuado em maio de 2014" cuja instrução está sendo desenvolvida em prazo bastante razoável, tendo em vista a complexidade dos atos que envolvem a análise em questão;

- a Constituição Federal de 1988 delega aos Tribunais de Contas um importante papel no acompanhamento e fiscalização dos atos administrativos, tendo em vista ser possível que a concessão de benefícios urbanísticos ao interessado possa resultar em prejuízo ao Erário.

Por essas razões, opinou pela manutenção das irregularidades relativas à proposta de participação nº AB – 080/2012.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fls. 863/914 – 21/09/2018), lastreando-se no parecer jurídico da Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento sobre as Operações Urbanas Faria Lima e Água Branca, contido no Memorando nº 007/2017/SMDU, juntado por cópia, bem como nos esclarecimentos e justificativas técnicas encaminhadas pela Origem, requereu o reconhecimento da regularidade formal da Operação Urbana sob exame, ou, ao menos, o reconhecimento dos seus efeitos financeiros.

A **Secretaria Geral** (fls. 916/919 e 920 – 06/08/2019 – peças 11/12), no tocante às responsabilidades apuradas, entendeu caber a cada um dos integrantes que concorreram para a formação da decisão que aprovou a proposta de Operação Urbana em pauta.

Em relação ao laudo de avaliação, "não se pode aceitar a alegação de que o responsável pela subavaliação do benefício é o Sr. Avaliador, na medida em que, conforme afirmado pela própria Analista de Desenvolvimento da SP – Urbanismo às fls. 371, é seu trabalho verificar se a metodologia técnica adotada pelo Sr. Avaliador está de acordo com as normas de avaliação, o que não ocorreu no caso em tela."

E em razão da utilização de elementos amostrais inadequados e a aplicação injustificada de fatores de avaliação previstos na Norma do IBAPE, o valor apurado no Laudo de Avaliação não refletiu o valor de mercado, base de cálculo da contrapartida ao final verificada subestimada,

tendo por consequência, ainda, a redução do montante de recursos disponíveis para consecução dos objetivos da OUAB – gerais e específicos, elencados nos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.774/95.

Além disso, para o cálculo da contrapartida financeira aplicou-se sobre o valor do benefício o "fator redutor" previsto na Resolução nº 16/09-CTLU/SMDU, referendado "pela CTLU, que não dispõe de competência legal para deliberar sobre esse tema, haja vista que não encontra guarida nas atribuições constantes no artigo 286, da Lei nº 13.430/02 – PDE, afrontando, assim, os princípios da legalidade e da impessoalidade."

Outrossim, acompanhando o entendimento dos Órgãos Técnicos, entendeu que o exercício da atividade pública exige que os atos complexos observem uma sequência lógica e as anuências da SMT/CET, IV COMAR e a SVMA deveriam ocorrer antes da aprovação da proposta pela CTLU.

Manifestou-se, ainda, sobre as considerações da PFM (fls. 863/914), reputando-as improcedentes, ressalvando, todavia, "as razões de segurança jurídica expostas, para preservação dos efeitos concretos da operação urbana, bem como para o fim de estabilização das relações."

Por todo e exposto, concluiu pelo não acolhimento da Operação Urbana em exame.

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

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

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer (peça 21), entendendo que incorreu a prescrição; na mesma linha seguiu a Procuradoria da Fazenda e Secretaria Geral (peças 23 e 24).

**É o relatório.**

## VOTO

Trata-se de análise do reconhecimento da prescrição ocorrida no presente feito que aborda a análise da **Certidão 26/13/**SMDU/CTLU, relativa à proposta de participação na Operação Urbana Água Branca, nºAB-080/2012, formulada pelo **Sr.** [redacted]

pela qual pleiteou a alteração de índices e ocupação do solo no imóvel localizado nesta Capital na Avenida Turiassu nºs 1.673 e 1.687, com amparo na Lei Municipal nº 11.774/95.

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

> "*Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos.*"[2]

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*."[3]

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."*[4]

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.*"[5] 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:

---

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

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

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

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)
>
> "*Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário*." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

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

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1.* ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário.*** *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.

---

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

> "*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[7], 897[8], 899[9] 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)

---

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

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

> "*Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra* ***a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais***." (RE 669069, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016, grifos nossos.)

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

Esta tese foi reforçada no julgamento do tema 897 em que foi firmado após debate do plenário a tese do voto divergente vencedor do Ministro Edson Fachin de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. O debate do Plenário se revolveu na 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 [10], 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.

---

[10] 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)

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

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

> "(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)

> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de 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 o Relatório de Auditoria constante da peça 18 (fls. 179/210).

Verifica-se que, o marco temporal apontado ocorreu na data 02.10.2015, com a assinatura do ato, de acordo com a peça 18. 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[11] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[12] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[13] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[14] 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**

---

[11] 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.

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

Assinado digitalmente
por EDUARDO TUMA
Data: 19/10/2023
14:44:21 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

**TC 1589/2014**

# DECLARAÇÃO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este é meu voto, Senhor Presidente.

**JOÃO ANTONIO**
**Conselheiro Relator**



Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 19/10/2023 10:17:51 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo