DECCAM-UTR-22/2024

| | | |
|---|---|---|
| Processo | - | TC/001733/2004 |
| Contratante | - | Empresa Municipal de Urbanização (atual SP Obras/ SP Urbanismo) |
| Contratada | - | Bueno Netto Empreendimentos Imobiliários Ltda./Serplan Desenvolvimento Imobiliário Ltda. |
| Tº de Compromisso | - | 06/03/Emurb |
| Objeto | - | Proposta de Operação Urbana Faria Lima nº 194-FLI, pleiteando a alteração de índices e características de uso e ocupação do solo nos imóveis localizados na Rua Hungria 620, 622, 630, 636, 644, 648, contidos na zona de uso Z2 |

48ª Sessão Ordinária Não Presencial – Primeira Câmara

ANÁLISE. TERMO DE COMPROMISSO. SP OBRAS. SP URBANISMO. Operação Urbana Faria Lima. Alteração de índices e características de uso e ocupação do solo nos imóveis localizados na rua Hungria. 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. Votação unânime.

**D E C I S Ã O**

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

**DECIDEM** os Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, e julgar extinto o processo com resolução de mérito, consoante art. 12, parágrafo único, do mesmo Diploma Legal.

**DECIDEM**, à unanimidade, determinar, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participou do julgamento o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 25 de outubro 2023.

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

/cv

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 15/02/2024 10:23:53 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 15/02/2024 12:04:20 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

**48ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

**TC nº1733-2004 - Análise**

**Objeto:** Proposta de Operação Urbana Faria Lima n.º 194-FLI, pleiteando a alteração de índices e características de uso e ocupação do solo nos imóveis localizados na rua Hungria 620, 622, 630, 636, 644, 648, contidos na zona de uso Z2.

**Interessados:** Empresa Municipal de Urbanização (atual SP Obras/ SP Urbanismo) e Bueno Netto Empreendimentos Imobiliários Ltda./Serplan Desenvolvimento Imobiliário Ltda.

**Relator:** Conselheiro Eduardo Tuma.

**Competência:** Câmara

## RELATÓRIO

Cuida o presente processo da análise do **Termo de Compromisso nº 06/03/EMURB** (11/12/2003- fls. 97/101) e **do termo de Reti-Ratificação do Termo de Compromisso nº 06/03/EMURB** (26/02/2007 – fls. 302/304), decorrentes da Proposta de Operação Faria Lima nº 194-FL, firmados perante a Prefeitura do Município de São Paulo, por **Bueno Netto Empreendimentos Imobiliários Ltda** e **Serplan Desenvolvimento Imobiliário Ltda.**, na condição de Compromissários, comparecendo, na qualidade de interveniente, a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB (empresa cindida, originando sua substituta, a São Paulo Urbanismo - SP-Urbanismo, conforme Decreto Municipal nº 51.415/10).

A referida proposta foi previamente aprovada pela Secretaria Municipal de Planejamento Urbano, por intermédio da Comissão Normativa de Legislação Urbanística-CNLU e, com base no benefício econômico auferido pelos Compromissários, em decorrência do pretendido aumento de coeficiente de aproveitamento da área e elevação da taxa de ocupação, endossou o cálculo da contrapartida, no montante de R$ 1.184.376,80 (hum milhão, cento e oitenta e quatro mil, trezentos e setenta e seis reais e oitenta centavos), constante do laudo de avaliação apresentado pela Compromissária Bueno Netto, que optou pelo pagamento parcelado, caucionado por fiança bancária (fls. 78/84).

A competente Certidão nº 01/04/SEMPLA foi expedida, fazendo consignar as características da Operação e as obrigações assumidas pela empresa beneficiada, perante a Prefeitura do Município de São Paulo (07/01/04 – fls. 102/103).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle elaborou o relatório analítico sobre a Operação Faria Lima em pauta (03/02/05 – fls. 169/182), assim concluindo:

I – quanto **ao aspecto formal**, o processo encontra-se regular, explicitando que a não incidência de correção monetária sobre as parcelas, tem respaldo no parágrafo 1º, do artigo 2º[1] da Lei Federal nº 10.192/01, que vedava a atualização de valores com periodicidade inferior a um ano;

II – no **tocante ao mérito**, a Área de Engenharia concluiu pela **irregularidade**, em razão das seguintes impropriedades:

a) a concessão de exceção à LPUOS [Legislação do Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo], qual seja, a redução, de 10,00m para 6,00m, do recuo de frente para a Rua Hungria em subsolo, extrapola a legislação da Operação Urbana Faria Lima,;

b) deveria ter sido exigida, também para o imóvel objeto desta proposta de operação urbana em análise, a execução, no recuo frontal de 10,00 (dez) metros, de uma faixa de desaceleração, para mitigar os impactos causados pelo futuro empreendimento no tráfego de veículos pela Rua Hungria, ressalvada a eventual existência de parecer fundamentado da Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, que disponha expressamente ao contrário;

c) foram outorgados 3.024,00 m2 (três mil e vinte e quatro metros quadrados) computáveis adicionais, e não os 2.016,00 m2 (dois mil e dezesseis metros quadrados) que constam das análises, do despacho, do termo de compromisso e da certidão sob exame; e

d) o valor da contrapartida de R$ 1.184.376,80 (um milhão, cento e oitenta e quatro mil, trezentos e setenta e seis reais e oitenta centavos), equivale a 80% (oitenta por cento) do Benefício B = R$ 1.480.471,00 (um milhão, quatrocentos e oitenta mil, quatrocentos e setenta e um reais), calculado por parte das interessadas e corresponde a 24,07% (vinte e quatro vírgula zero sete por cento) da avaliação do Benefício Econômico, BT = R$ 4.921.560,00 (quatro milhões, novecentos e vinte e um mil, quinhentos e sessenta reais) (dez/02), calculado pela Auditoria, que considerou:

d.1- o aproveitamento de valores e parâmetros do laudo das interessadas; e

d.2 - a adoção de metodologias de cálculo compatíveis com as exceções concedidas, com a legislação e com as normas técnicas de avaliação.

O Secretário da Origem, o Ordenador da Despesa e os membros do Grupo de Trabalho, vinculados à Operação Urbana em análise, foram intimados com o intuito de exercerem o direito de defesa.

Em razões de defesa, o Signatário do Termo de Compromisso em foco, então Vice-Presidente em exercício da EMURB, alegou que a empresa não procedeu à análise técnica dos elementos que envolveram a operação, tendo se limitado a assinar referido termo e a arrecadar os valores decorrentes da contrapartida (10/03/2005- fls. 206).

Por sua vez, os servidores integrantes do Grupo de Trabalho e o Presidente da CNLU alegaram ilegitimidade de parte, ao argumento formarem corpo de autuação meramente

---

[1] 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.

instrutória, não detendo atribuições de caráter decisório, acrescentando que forneciam subsídios técnicos ao órgão deliberativo, que era a Câmara Técnica de Legislação Urbanística – CTLU.

No mérito, sustentaram inexistência de irregularidade na aprovação da citada Proposta de Operação Faria Lima, posto que o pedido foi processado como era previsto na Lei e a contrapartida foi calculada com base no procedimento por ela ditado, razões essas similares às apresentadas pelo Secretário Municipal de Planejamento que, igualmente, invocou ser parte ilegítima por não haver participado de qualquer dos atos analisados no processo em referência (fls. 207/215 – 220/226 e 229/242).

Ao manifestar-se sobre as defesas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle (02/04/2007 – fls. 252/262) ratificou seu entendimento anterior quanto à irregularidade da Operação em foco, assim concluindo:

*"**3.1** - O único responsável pela aprovação da proposta da compromissária é o Presidente da CTLU, à época, Sr. Jorge Wilheim, enquanto que os membros do Grupo Técnico e o signatário do Termo de Compromisso, por não terem nem atribuição nem participação direta na aprovação da proposta, podem ser considerados partes ilegítimas.*

***3.2** - A CTLU extrapolou suas atribuições, fazendo muitas vezes o papel do Poder Legislativo, desprezando o Plano Diretor Estratégico, o Código de Obras e Edificações, "alterando" leis, "legislando" caso a caso e, consequentemente, atuando de forma indiscriminada, sem o amparo constitucional, nem legal, para fundamentar as suas decisões, e de forma autônoma, sem se valer do conhecimento técnico da Companhia de Engenharia de Tráfego num ponto crucial da proposta, que foi a não fixação de uma faixa de desaceleração para a entrada dos veículos no futuro empreendimento.*

***3.3** - As irregularidades apontadas no cálculo da contrapartida não foram contestadas, até porque nem foram analisadas pelo Grupo Técnico responsável, limitando-se as defesas a declarar que em nenhum momento a equipe técnica do TCM questionou a idoneidade da empresa avaliadora. A nosso ver, a existência de irregularidades no laudo avaliatório, independe da idoneidade da avaliadora."*

Finalizando, sugeriu que a Origem fosse oficiada para encaminhar os documentos relativos à retificação do equívoco admitido pelas defesas, quanto à efetiva área de potencial adicional de construção outorgada.

Oficiadas na forma sugerida pela Especializada, a Secretaria Municipal de Planejamento e a EMURB providenciaram a retificação do mencionado equívoco (de 2.016,00m² para 3.024,00m²), resultando na publicação dos respectivos despachos, ocorrida no Diário Oficial da Cidade, nos dias 14/08/07 e 15/09/07, respectivamente (fl.282), procedimentos esses tidos por insuficientes pela Auditoria, eis que necessária também a emissão de nova Certidão (fls. 269 e 279/288).

Instadas a emitirem novo documento, a EMURB e a SEMPLA apresentaram a Reti-Ratificação do Termo de Compromisso nº 06/03/EMUB – Operação Faria Lima e a Certidão nº

02/08/SEMPLA/CTLU –Operação Urbana Faria Lima (14/05/2008 – folhas 313/325), sendo, assim, considerado devidamente corrigido o item apontado, o qual foi excluído do rol de impropriedades apresentado na primeira manifestação da Subsecretaria de Fiscalização de Controle (14/07/2008 – fls. 334/335).

Em seu pronunciamento, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (26/09/08 – fls. 338/348) enfrentou, inicialmente, a questão preliminar de ilegitimidade de parte arguida por todos os Intimados, cujas conclusões, são apresentadas de modo sintético:

1 – O Signatário do Termo de Compromisso nº 06/03, na qualidade de Vice-Presidente da EMURB, tem responsabilidade solidária pelo ato administrativo em análise, com amparo no artigo 16[2] e parágrafo 1º da Lei Municipal nº 11.732/95 vigente à época, por configurar ato administrativo complexo, envolvendo a atuação de mais de um órgão administrativo municipal;

2 – O Grupo de Trabalho da Operação Faria Lima – GT/OUFL possui, efetivamente, caráter instrutório e opinativo e, embora seus membros tenham responsabilidade profissional pelo parecer produzido, no âmbito desta Corte, a responsabilidade pelos atos administrativos impugnados recai sobre o ordenador da despesa, por isso pertinente a ilegitimidade passiva alegada pelos integrantes do aludido Grupo de Trabalho;

3 – O Signatário da Certidão nº 01/04/SEMPLA, que autorizou a alteração dos índices e parâmetros urbanísticos, é também responsável pelo ato impugnado;

4 – O então Presidente da CNLU (posteriormente denominada CTLU) é signatário do Despacho SEMPLA/CNLU/1098/2003, que referendou a decisão do colegiado no tocante à fixação do valor da contrapartida e à modificação dos índices e características de uso e ocupação do solo e, em sendo assim, considerado ordenador da despesa é responsável perante este TCM, junto com os demais agentes públicos acima indicados.

5 – O Secretário Municipal de Planejamento não foi convocado a integrar o pólo passivo do presente procedimento.

**Quanto ao mérito**, endossou o entendimento da Especializada quanto à ocorrência das seguintes infringências:

a) A concessão de recuo da frente em subsolo, configura benefício não previsto na Lei Municipal nº 11.732/95, que regia a operação interligada em questão. A CNLU, como todo órgão administrativo, não detém poder discricionário para decidir de forma contrária à lei, por isso ilegal o referido benefício por ela concedido;

b) A proposta aprovada desatende a Resolução SEMPLA/CNLU/111/99, que previa a execução, no recuo frontal de 10,00 (dez) metros, de uma faixa de desaceleração, com largura

---

[2] **Art. 16.** Os proprietários de imóveis não desapropriados e contidos nas áreas diretamente beneficiadas poderão apresentar propostas de alteração dos parâmetros de uso, ocupação e aproveitamento do solo e de aquisição de áreas remanescentes de desapropriações, que serão submetidas à Secretaria Municipal de Planejamento – SEMPLA, para aprovação da Comissão Normativa de Legislação Urbanística – CNLU, após análise, caso a caso do Grupo de Trabalho formado por técnicos da Empresa Municipal de Urbanização – EMURB e da Secretaria Municipal de Planejamento – SEMPLA, devidamente assessorados por outros órgãos da Administração municipal, especialmente convocados."
**Parágrafo 1º.** A aprovação final pela Comissão Normativa de Legislação Urbanística – CNLU deverá ser efetuada com base nos parâmetros estabelecidos para as zonas diretamente beneficiadas e, em avaliação do imóvel, com e sem a alteração dos parâmetros, apresentada pelo interessada e aceita pelo Grupo de Trabalho referido no "caput" deste artigo, devendo o valor da contrapartida financeira corresponder a um percentual da diferença constatada.

mínima de 2,75 metros, contendo os entrelaçamentos decorrentes dos fluxos de entrada e saída de veículos, para mitigar os impactos causados pelo futuro empreendimento no tráfego de veículos pela Rua Hungria, pista auxiliar da Marginal do Rio Pinheiros;

c) a Especializada demonstrou, tecnicamente, que o valor da contrapartida e do benefício econômico foram subestimados e não são compatíveis com os benefícios concedidos aos interessados, nem com a consequente valorização do imóvel e, por representar a contrapartida apenas 24,07% do que se considera a menor estimativa tecnicamente aceitável, caracterizou-se a ruptura do equilíbrio entre os interesses público e particulares envolvidos, resultando evidente prejuízo ao Erário.

Ao final, opinou pelo não acolhimento da Operação Urbana em apreço, por ter-se processado de forma ilegal e lesiva aos cofres públicos.

Na sequência, a Procuradoria da Fazenda Municipal destacou alguns pontos sobre os quais entendeu necessária a manifestação da Origem e da EMURB, sendo assim ambas oficiadas para tal finalidade, apresentando cada órgão os esclarecimentos que entenderam pertinentes.

Retornado os autos ao Órgão Fazendário, após a Especializada ratificar suas conclusões, amparado nas justificativas da Origem, opinou, conclusivamente, pelo acolhimento da Operação Urbana objeto do presente, relevando-se ou convalidando-se a eventual impropriedade atinente ao uso desconforme, apontada nesta análise (fls. 350/352 – 358/418 – 430/451 e 453/461).

A Secretaria Geral (10/12/10 – fls. 463/479) entendeu ser responsável apenas o Ordenador da Despesa, qual seja, o então Secretário Municipal do Planejamento, que também exercia o cargo de Presidente da CNLU, subscritor do pronunciamento de aprovação final da referida proposta.

Quanto ao mérito, rebateu a tese da Origem de que a lei havia outorgado à CNLU amplos poderes discricionários para decidir acerca dos incentivos a serem outorgados ao particular e quanto ao valor a ser cobrado por eles. Partindo da premissa refente à supremacia do Estado Democrático, em que a lei impera, considerou indevida a alteração do recuo frontal em subsolo, porque sem previsão legal, inexistindo a alegada lacuna legislativa a respeito, eis que a matéria está disciplinada nas Leis Municipais nºs 8.001/73 e 9.334/81, no artigo 42[3], bem como no Decreto nº 11.106/74, em seu artigo 88[4].

---

[3] *Art. 42 - O § 6º do artigo 19 da Lei nº 7805, de 1º de novembro de 1972 passa a vigorar com a seguinte redação:*
*§ 6º - A taxa de ocupação máxima do lote não será aplicada aos subsolos utilizados para estacionamento de veículos, respeitado o recuo de frente exigido por lei;*

[4] *Art. 88 - A taxa de ocupação máxima do lote não será aplicada aos subsolos utilizados para estacionamento de veículos, respeitado o recuo de frente.*

No tocante ao valor da contrapartida financeira, ressaltou o fato de ter sido apurado em lacônico laudo de avaliação encomendado pelos interessados e aceito pela Origem. No entanto, conforme detectou a Equipe Técnica desta Corte, além de equívocos nos métodos de avaliação, contém erros aritméticos e distorções dos dados, a exemplo da efetiva área computável adicional concedida, calculada em 2.016m² (dois mil e dezesseis metros quadrados), quando foram outorgados 3.024m² (três mil e vinte e quatro metros quadrados), equívoco esse reconhecido pela SEPLAN e EMURB, ao emitirem os competentes documentos de retificação.

Acrescentou que, a rigor, o ato de concessão de benefício analisado na operação urbana em pauta seria nulo, pela invalidade do laudo de avaliação viciado por dados falsos e erros aritméticos, propondo, no entanto, que ao invés da competente declaração de nulidade, fosse mantido o ato, desde que configurado e mensurado o prejuízo ao Erário, seja complementada a contrapartida.

A Secretaria Geral ao final opinou pelo não acolhimento do Termo de Compromisso nº 06/03 – EMURB – Operação Faria Lima, com a proposta de expedição de determinação à Origem para promover a sua anulação, observado o devido processo legal, ou, ao menos, proceda, pela via amigável ou judicial, à cobrança da diferença da contrapartida calculada pela Auditoria (fls. 430).

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 510/519 ), 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 (fls. 523/536) manifestou-se sobre o acrescido e conclui "*que não consta, dentre as verificações da Auditoria, o emprego irregular do referido benefício no caso ora examinado, de modo que a defesa em nada altera as conclusões já expendidas nestes autos*."

E acrescentou entender que a responsabilidade pela aprovação das propostas de operação urbana "competia à CNLU [Comissão Normativa de Legislação Urbanística] (posteriormente substituída pela CTLU), após exame de parecer não vinculante do Grupo de Trabalho", conforme "se denota do artigo 16, caput e §§ 1º e 4º, da Lei Municipal nº 11.732/95(...)."

Por essa razão a Área Jurídica concluiu que "em se tratando de ato administrativo expedido por órgão colegiado, ... o Presidente da CNLU não deve responder isoladamente pela irregularidade na aprovação da operação urbana viciada."

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 538) reiterou "os argumentos lançados às folhas 453/461."

A Secretaria Geral (fls. 540/546 ) acompanhou "o entendimento dos órgãos técnicos no sentido da irregularidade da Operação Urbana ora examinada, tendo em vista que ... todas as exceções à LPUOS foram concedidas de forma irregular e que o valor negociado como contrapartida ficou abaixo do valor do benefício econômico auferido pela interessada".

Quanto à manifestação complementar da Procuradoria da Fazenda Municipal, endossou o entendimento contido no parecer jurídico segundo o qual "a aplicação da Fórmula Adiron para as áreas indiretamente beneficiadas não diz respeito às irregularidades discutidas nestes autos."

Por fim, opinou haver responsabilidade de todos os membros da CNLU pelas irregularidades apontadas, e não apenas do respectivo Presidente, por ser ato administrativo colegiado, e assinalou que todos os integrantes do Grupo de Trabalho foram intimados, garantindo-se o devido processo legal, para o caso de se entender pela responsabilização também desses agentes.

Devido às alterações supervenientes no tocante às competências dos órgãos da Administração Pública que tratam das Operações Urbanas, foram oficiadas a Secretaria Municipal de Gestão – SG, a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano – SMDU (posteriormente substituída pela Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento – SMUL - Decreto nº 57.576/2017) e São Paulo Urbanismo – SP Urbanismo, sendo que apenas a SMDU encaminhou a documentação mencionada na informação de folha 662, defendendo a legalidade dos atos praticados.

As empresas Interessadas foram cientificadas do feito para fins de eventual manifestação (fl. 558), sendo que a Bueno Netto Empreendimentos Imobiliários Ltda., intimada pessoalmente (fl. 574), e Serplan Desenvolvimento Imobiliário Ltda., intimada pelo Diário Oficial (fl. 593), deixaram transcorrer "in albis" o prazo regimental.

A Subsecretaria da Fiscalização e Controle (fls. 664/679) analisou a documentação encaminhada pelos Órgãos oficiados e afastou os argumentos por eles apresentados, pelos seguintes fundamentos:

1 – "se a Lei Municipal nº 11.732/95 não faz menção à diminuição do recuo de frente como exceção, não há que se falar que cabe à CNLU fazer uma interpretação, levando-se em conta todo o arcabouço jurídico, mesmo porque, não existe no ordenamento jurídico municipal uma lei que permita essa redução do recuo de frente";

2 – "a SMDU se confunde, pois o número de vagas exigidas pela LM nº 11.732/95 é função do potencial construtivo aprovado. Quanto maior o potencial construtivo, maior o número de vagas. Por outro lado, se o total de vagas da proposta sob análise não cabia nos 5 subsolos projetados, deveria a interessada adotar uma de duas alternativas: ou diminuir o potencial construtivo, para diminuir o número de vagas exigidas, de forma que todas essas

vagas coubessem nos 5 subsolos ou então construir mais um subsolo, ou seja, haviam soluções técnicas passíveis de serem adotadas."

3 – Como se observa, a própria CNLU havia aprovado anteriormente à proposta sob análise, uma Resolução [Resolução nº 111 de 29 de janeiro de 1999] com as condições a serem observadas nas propostas de Operação Urbana Faria Lima, ao longo do trecho da Rua Hungria. Segundo essa Resolução, além da implantação de uma faixa de desaceleração ao longo dessa via, visando não comprometer o fluxo de veículos na Marginal do Rio Pinheiros, as propostas deveriam obedecer ao recuo mínimo de 10,00m, inclusive nos subsolos,. Resolução essa não observada pela própria CNLU, em ambos os itens.

4 - Não existe, no corpo da LM nº 11.732/95, dispositivo autorizando a redução da contrapartida em 20%, conforme adotado pelo avaliador e aprovado pela CNLU, além do parcelamento sem cobrança de juros caracterizar financiamento de empreendimento privado com recursos públicos.

5 – "a CNLU, no que se refere à contrapartida, concedeu à interessada 3 (três) artifícios ilegais, que reduziram o valor a ser pago, trazendo prejuízo aos cofres públicos, a saber: a) subavaliação do valor do terreno; b) desconto ilegal de 20% na contrapartida e c) não cobrança de juros devido ao parcelamento do pagamento da contrapartida.

Em conclusão, a Auditoria constatou que as alegações da SMDU não tiveram o condão de alterar o concluído às folhas 181 e 291, nos subitens:

5.1 - concessão de benefício ilegal, ocupação do recuo de frente nos subsolos;

5.2 - não exigência de obrigação legal, implantação de faixa de desaceleração ao longo da Rua Hungria;

5.3 – sanado;

5.4 - diminuição da contrapartida pela subavaliação do valor de terreno e pela indevida concessão de desconto de 20%, além da não cobrança de juros cabível em parcelamento do pagamento não previsto em lei.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 681/686) acompanhou as conclusões da SFC e ratificou seu parecer quanto ao não acolhimento da Operação Urbana analisada, cabendo ao Assessor Subchefe da AJCE considerar não comportar, na esfera deste feito, a apuração da responsabilidade subjetiva dos membros da Comissão Normativa de Legislação Urbanística – CTLU (antiga CNLU), por implicar "a individualização de condutas no âmbito de atuações plúrimas", motivo pelo qual propôs, por ora, que a questão se atenha ao exame da legalidade do ato.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 689/703) posicionou-se pelo acolhimento da operação em apreço ou o reconhecimento dos seus efeitos.

E a Secretaria Geral (fls. 705/708), lastreando-se nos órgãos técnicos e em seu anterior pronunciamento, ratificou seu entendimento quanto ao não acolhimento da Proposta de Operação Urbana Faria Lima – OUFL nº 194.

Em peça 72, há solicitação para que a AJCE analise eventual prescrição, nos termos da Resolução 10/2023.

A AJCE aponta ocorrência de prescrição consubstanciada na Manifestação da Auditoria de 02/04/2007 (peça 72).

A PFM afirma nada ter a opor contra o reconhecimento de prescrição (peça 75).

A Secretaria Geral acompanhou parecer da AJCE e da PFM e opina pelo reconhecimento da prescrição, nos termos dos artigos 4º, 5º e 6º da Resolução 10/23.

**É o Relatório.**

**VOTO**

Trata-se de análise do reconhecimento da prescrição ocorrida no presente feito que cuida do **Termo de Compromisso nº 06/03/EMURB** (11/12/2003- fls. 97/101) e **do termo de Reti-Ratificação do Termo de Compromisso nº 06/03/EMURB** (26/02/2007 – fls. 302/304), decorrentes da Proposta de Operação Faria Lima nº 194-FL, firmados perante a Prefeitura do Município de São Paulo, por **Bueno Netto Empreendimentos Imobiliários Ltda** e **Serplan Desenvolvimento Imobiliário Ltda.**, na condição de Compromissários, comparecendo, na qualidade de interveniente, a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB (empresa cindida, originando sua substituta, a São Paulo Urbanismo - SP-Urbanismo, conforme Decreto Municipal nº 51.415/10).

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

> *"Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos."*[5]

Expande Flávio Tartuce que na "*prescrição ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo*."[6]

Explica o Ministro Edson Fachin no seu voto durante o julgamento do tema 897 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal que:

---

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

> *"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."*[7]

No tema da prescrição das pretensões do Tribunais de Contas explicava Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em 2016 que "*conquanto o dever de ressarcir o erário possa ser imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição.*" [8] Todavia, observava Jacoby Fernandes que a temática da prescrição deveria idealmente estar prevista em Lei, entretanto, sem legislação, deve ser aplicado o instituto por analogia:

> "*À primeira vista, seria necessária legislação especifica para regular o tema. O recurso à analogia deve se fazer, preferencialmente entre normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)*"[9]

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

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

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

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

---

[7] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.

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

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

> ***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[10], 897[11], 899[12] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

O §5º, do art. 37, da Constituição Federal prevê que "*a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário,* ***ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento***." (grifos nossos)

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

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

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

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

---

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

que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

> "*Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos,* ***entendo que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos (sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), ao contrário de favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica****. O comando constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo.*" (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 08; p. 44 do Acórdão, grifos nosso)

Finalmente no julgamento do Tema 899 o Plenário do Excelso Pretório enfrentou a questão da prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Tribunal de Contas, decidindo por unanimidade que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas. Conforme o Ministro Relator Alexandre de Moraes, as decisões dos temas anteriores 666 e 897 levaram a seguinte conclusão:

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública****. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

Antes do julgamento do tema 899 em 24/06/2020 o Tribunal de Contas da União entendia que o disposto no tema 666 não aplicava a suas pretensões ressarcitórias:

> "*O reconhecimento da prescrição de ações de ressarcimento ao erário no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG (Repercussão Geral 666) não atinge os processos de controle externo, uma vez que a decisão do STF se aplica apenas a ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, ou seja, circunscreve-se à prática de atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado.*" (Acórdão 2469/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade.)

Este entendimento não pode se manter, todavia, após a decisão concretizada no tema 899.

Embora tenha sido firmado inequivocamente a prescritibilidade das ações de ressarcimento, ainda existia o problema de ausência de prazo legal. O Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do Tema 899 adentrou nesta questão entendendo que:

> "*Por conseguinte, há, em regra, prazos quinquenais diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário: fase administrativo-fiscalizatória (prazo decadencial ou prescricional punitivo) e fase executória (prazo prescricional próprio), observadas as causas suspensivas ou interruptivas dos cômputos.*" (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Gilmar Mendes, p.25; p. 53 do Acórdão. Grifos nossos.)

Todavia, após esta manifestação o Ministro Roberto Barroso interviu argumentando que a questão do prazo aplicável não era pertinente a matéria em discussão que se limitava a questão da prescritibilidade.

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[13], com efeito *erga omnes,* que 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:

---

[13] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL DE ALCANCE DA CLÁUSULA DE IMPRESCRITIBILIDADE. 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)

"**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 a Manifestação da Coordenadoria VI após respostas da Origem e dos interessados, em 02.04.07, folha 263, peça 68.

Verifica-se que, o marco temporal apontado ocorreu na data 02.04.07 com a assinatura do ato. Evidentemente, desde o marco temporal apontado decorreu o prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no artigo 2º da referida Resolução sem a ocorrência de causas suspensivas ou interruptivas.

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, entendo ser caso de extinção do processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo único[14] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[15] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[16] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[17] do mesmo diploma legal.

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, julgo **extinto o processo** com resolução de mérito**,** nos termos do artigo 12, parágrafo único da mesma.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

**EDUARDO TUMA**
**CONSELHEIRO RELATOR**

[14] Na hipótese de decisão ou deliberação pela não continuidade do processo, mediante fundamentação, o processo será extinto por decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno.
[15] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.
[16] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
(...)
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
[17] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 28/11/2023 10:12:26 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo