ACO-UTR-548/2023

Processo - TC/002302/2003
Procedência - Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão (atual Secretaria Municipal de Gestão)
Compromissárias - Mac Investimentos e Participações Ltda./Ades Investimentos e Participações Ltda./Agra Incorporadora Ltda. – PHD Construções, Empreendimentos e Participações Ltda.
Termo de Compromisso 002/2002/Emurb
Objeto - Alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo do imóvel localizado na Rua Periquito, 198/283 – Operação Urbana Faria Lima nº 158-FL

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

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

# A C Ó R D Ã O

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

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

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

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

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

São Paulo, 27 de setembro 2023.

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

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 10/11/2023 14:20:42 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:48:02 -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 2302/2003 Análise**

**Objeto:** Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão - Sempla e Mac Investimentos e Participações Ltda. - Ades Investimentos e Participações Ltda. - Agra Incorporadora Ltda. - PHD Construções, Empreendimentos e Participações Ltda. - Termo de Compromisso 002/02-Emurb - Alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo do imóvel localizado na Rua Periquito, 198/283 - Operação Urbana Faria Lima 158-FL (FCCF)

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

**Relator:** Conselheiro Eduardo Tuma

**Competência:** Pleno

**RELATÓRIO**

Cuida o presente processo de análise do Termo de Compromisso nº 002/02/EMURB, decorrente da Proposta de Operação Urbana Faria Lima nº 158-FL, celebrado entre a Prefeitura do Município de São Paulo – PMSP, por intermédio da então Empresa Municipal de Urbanização – EMURB[1], na qualidade de interveniente e as compromissárias MAC Investimentos e Participações Ltda., ADES Investimentos e Participações Ltda., AGRA Incorporadora Ltda.[2] e P.H.D. Construções Empreendimentos e Participações Ltda., sendo a primeira empresa a principal responsável e a única a figurar como Afiançada na Carta de Fiança Bancária apresentada, redundando na Certidão nº 08/02/SEMPLA, emitida em 03/04/2002.

Os órgãos municipais, com base no benefício econômico auferido pelos Compromissários, em consequência do aumento de coeficiente de aproveitamento da área e elevação da taxa de ocupação, calcularam a contrapartida em R$ 2.102.688,00 (dois milhões, cento e dois mil, seiscentos e oitenta e oito reais) (valor base dez/2001) pagos pelos Compromissários, de forma parcelada (fls. 90/92 , 111 e 140).

1 Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, posteriormente cindida pelo Decreto Municipal nº 51.415, de 16.04.2010, com base na Lei Municipal nº 15.056/2009, dando origem à São Paulo Obras (SP – Obras) e à São Paulo Urbanismo (SP – Urbanismo), esta última considerada sucessora da EMURB.

2 Atual PDG Realty S/A Empreedimentos e Participações.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, analisando a Operação Urbana em questão, apontou (fls. 143/153):

I - sob o aspecto contábil/orçamentário, a referida operação urbana encontra-se adequadamente formalizada, ressalvando: **(1º)** que a não incidência da correção monetária sobre as parcelas da contrapartida, decorre de determinação estabelecida no parágrafo primeiro do artigo 2º[3] da Lei Federal nº 10.192/01, proibindo a atualização monetária de valores com periodicidade inferior a um ano; e **(2º)** a remessa intempestiva da relação dos Termos de Compromisso ao Tribunal de Contas, infringindo a Resolução 04/97 e Instruções nº 1/97, desta Corte.

II – sob a análise da área de Engenharia, o valor da contrapartida no valor de R$ 2.012.688,00 (dois milhões, doze mil, seiscentos e oitenta e oito reais) correspondeu a 47,68% (quarenta e sete vírgula sessenta e oito por cento) da avaliação do benefício econômico correspondente a R$ 4.410.000,00 (quatro milhões, quatrocentos e dez mil reais), calculado consoante as metodologias compatíveis com as exceções concedidas, a legislação e com as normas técnicas de avaliação.

Em pronunciamento da Diretora da Divisão Técnica II, de fl. 153, esta esclarece que a alegada falta de correção das parcelas da contrapartida financeira encontra-se superada:

> **tendo em vista que no julgamento da contas da EMURB, exercício de 2001 (TC 72.002.524.02- 99) em 10.12.2003, foi decidido à unanimidade de votos, que a conduta da Origem encontra-se correta, com fundamento na Lei Federal nº 10.192/01, que proibiu terminantemente a estipulação da correção monetária de reajuste de valores com periodicidade inferior a um ano (art. 2º, § 1º).**

Diante dessa ponderação, manifestou opinião de que a operação urbana sob exame encontra-se adequadamente formalizada, ressalvando a remessa extemporânea dos documentos ao Tribunal (fl. 153).

Instada a manifestar-se, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 156/159), amparada no parecer da Área de Engenharia, que concluiu que a contrapartida para representava 47,68% do valor do benefício econômico, opinou pela irregularidade da operação urbana em exame.

Retornou os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, para manifestação conclusiva daquela Especializada (fl. 160) que, ao acompanhar os pareceres dos órgãos técnicos, entendeu ser irregular o ato analisado.

A Origem foi oficiada a manifestar-se e os Ordenadores da Despesa[4] foram intimados e, uma vez apresentadas as respectivas defesas, mereceram análise pela Auditoria (fls. 176/177 e 237/244), que enfrentou a preliminar de ilegitimidade de parte

---

[3] 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.

[4] Luiz Afonso Simoens da Silva (defesa fls. 168/172); Jorge Wilheim (defesa fls. 222/230 e documentos de fls. 194/220).

arguida, entendendo-a impertinente, reiterando, quanto à matéria, as conclusões anteriores a respeito da irregularidade da operação urbana.

A Especializada sugeriu, ainda, fosse a Secretaria Municipal de Planejamento – SEMPLA, solicitada a enviar comprovante emitido pelo Serviço Regional de Proteção ao Voo de São Paulo, referente à aprovação do gabarito do edifício objeto da citada operação, pois o documento constante dos autos não ostenta a necessária assinatura da autoridade responsável, assim concluindo (fl. 243):

> **"4.1 - A nosso ver, o Sr. Jorge Wilheim é parte legítima e, por ser Presidente da CNLU à época, responde pela Comissão Normativa de Legislação Urbanística e pelos atos administrativos tomados pelo colegiado.**
>
> **4.2 - Sugerimos que a SEMPLA seja oficiada para apresentar o documento do Serviço Regional de Proteção ao Vôo de São Paulo com a assinatura referente à aprovação do gabarito do edifício objeto desta Operação Urbana Faria Lima, ou apresentar qualquer outro documento emitido pelo mesmo órgão que comprove, efetivamente, essa aprovação (subitem 3).**
>
> **4.3 - Em função de todo o exposto, concluímos que o acrescido em nada altera o entendimento expresso às fls. 147 - 152vo (18.12.2003) e fls. 176 – 176vo (01.06.2005), cujos termos endossamos, ratificamos e reiteramos na íntegra."**

Oficiada, a SEMPLA respondeu (fls. 286/288) não haver outro documento que demonstre a anuência do IV Comando Aéreo Regional (COMAR) e sustentou que esse vício formal – ausência de assinatura - não macularia o procedimento de aprovação da proposta, por não haver qualquer ilegalidade na liberação do gabarito de altura por parte da Comissão Normativa de Legislação Urbanística (CNLU), de acordo com os limites máximos fixados pelo Plano de Proteção aos Aeroportos.

A Auditoria, em manifestação de fls. 291/294, não perfilhou o entendimento externado pela SEMPLA pois, sendo o gabarito limítrofe, fixado no Plano de Proteção aos Aeroportos, de 60,00m (sessenta metros), a altura de 79,5 cm (setenta e nove centímetros e meio) aprovada para o edifício objeto da Operação Urbana em questão, deu-se com base no parecer apresentado pelo Interessado, consistente no documento do Serviço Regional de Proteção ao Voo, que não contém a assinatura do responsável, reiterando, ao final, suas conclusões iniciais, nos seguintes termos (fls. 293/293v):

> **3 – CONCLUSÃO**
>
> **Conforme ficou demonstrado acima concluímos que:**
>
> **3.1 - A aprovação da proposta de Operação Urbana Faria Lima baseou-se sim no documento do Serviço Regional de Proteção ao Vôo de São Paulo no qual não consta a assinatura do Senhor Tenente Coronel Aviador Hélio S. da Silva Filho aprovando a altura de 79,50m (superior às fixadas tanto na Ficha Técnica de 60,00m quanto no BDT de 70,00m).**
>
> **3.2 - Em função de todo o exposto, concluímos que o acrescido em nada altera o entendimento expresso às fls. 147 - 152vo (18.12.2003), fls.**

**176 – 176vo (01.06.2005) e fls. 237 - 243 (20.07.2007), cujos termos endossamos, ratificamos e reiteramos na íntegra.**

Em nova manifestação (fls. 297/304), a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu não caber qualquer reparo ao seu posicionamento anterior, no sentido da irregularidade em razão da contrapartida ser incompatível com o benefício econômico, acrescendo-se, agora, o fato de que não houve aprovação prévia por parte do Serviço Regional de Proteção ao Voo de São Paulo, quanto ao gabarito da edificação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 306/325), lastreando sua convicção nos esclarecimentos e justificativas técnicas apresentadas pela Origem, requereu o reconhecimento da regularidade formal do instrumento consubstanciado no termo de compromisso sob exame, sem prejuízo das eventuais determinações concernentes a proteção de voo na Cidade de São Paulo.

A Secretaria Geral (fls. 327/336) apontou que a subavaliação do benefício decorreu da amostra de terrenos apresentada pelo avaliador particular e à utilização da fórmula Adiron. Assim, os paradigmas dissemelhantes do imóvel avaliando acrescido da incorreta aplicação da referida fórmula, conduziram a um resultado viciado, impondo-se o não acolhimento do Termo de Compromisso nº 002/02/EMURB – Operação Faria Lima.

Ponderou, no entanto, que a declaração de nulidade da aprovação da proposta não seria o mais conveniente ao interesse público, no atual momento, cabendo, contudo, a reparação do prejuízo causado ao Erário Municipal, mediante a complementação do valor da contrapartida, consistente na diferença entre o valor pago e o devido.

Dessa forma, propôs a expedição de determinação à Origem para promover ou a anulação da aprovação feita, observado o devido processo legal, ou a cobrança do montante devido a título de diferença de contrapartida.

Pairando, ainda, dúvida quanto ao efetivo gabarito máximo autorizado pelo Serviço Regional de Proteção de Voo e à altura do empreendimento, beneficiado pela Operação Urbana em análise, a Subsecretaria foi instada (fls. 339/340) a fazer diligências no local e nos órgãos públicos competentes, a fim de dirimir essa questão. A saber:

**II- Para a Coordenadoria competente, em procedimento de inspeção, nestes autos:**

**a) diligenciar, no local do imóvel em questão, com a finalidade de verificar a existência do edifício autorizado, bem como identificar o número de blocos e o respectivo número de pavimentos acima do térreo, de modo a constatar se compreende à prevista no projeto de 25 pavimentos (folha 13), com altura de 90,0m, ou de 20 pavimentos (folha 36), com 79,5m de altura, ou ainda, outro gabarito;**

**b) averiguar, no processo de aprovação e execução de obra nova, o gabarito aprovado pelo Órgão responsável, para o edifício objeto da Operação Urbana tratada no presente feito; e**

**c) verificar junto ao IV Comar, se há parecer favorável à construção do edifício localizado na Rua Periquito, 220, 236 e 238, com altura superior ao do Plano de Proteção aos Aeroportos, estabelecida em 70 metros.**

A Auditoria (fls. fls. 341/358 e 359/362) apurou que da Certidão nº 08/02/SEMPLA, ora apreciada, consta que o gabarito máximo da edificação está limitado àquele fixado pelo Plano de Proteção aos Aeroportos, ou seja, 60,00m (sessenta metros). Entretanto a Secretaria Municipal de Habitação autorizou o gabarito de 62,20m (sessenta e dois metros e vinte centímetros), com base no Ofício nº 887/SERENG-4/2983, de 21.09.2011, expedido pelo Quarto Comando Aéreo Regional (IV COMAR), deferindo a implantação de edifício residencial no local, com no máximo 90,00m de altura, "*desde que seja sinalizado com luzes de baixa intensidade no topo*".

A Especializada averiguou que essa posterior alteração nos parâmetros urbanísticos aprovados pela Comissão Normativa de Legislação Urbanística (CNLU), não obedeceu o disposto na Resolução SEMPLA CNLU/120/99[5], sobre a obrigatoriedade de submetê-la à análise da Secretaria Municipal de Planejamento (SEMPLA) e à deliberação da referida Comissão. Ao final de sua manifestação, ratificou e reiterou suas conclusões anteriores. Assim concluiu sua análise (fls. 362/362v):

> **3 – CONCLUSÃO**
>
> **De todo o exposto, após analisarmos os processos administrativos referentes ao Alvará de Execução de Edificação Nova, expedido no âmbito da SEHAB, e ao Auto de Conclusão, de competência da Subprefeitura de Vila Mariana – SPVM, e tendo verificado a existência do empreendimento aprovado, temos:**
>
> **a) Consta na alínea "f", do item 1 da Certidão nº 08/02/SEMPLA – Operação Urbana Faria Lima (fls. 111 e 349) que: "f) gabarito máximo da edificação: limitado ao fixado pelo PLANO DE PROTEÇÃO AOS AEROPORTOS."**
>
> **b) Há ofício do IV COMAR (fl. 347) deferindo a implantação de edifício residencial no local com no máximo 90,00m de altura.**
>
> **c) É de 62,20m o gabarito aprovado pela SEHAB no PA nº 2001-0.191.504-3 (Alvará de Aprovação de Edificação Nova e Alvará de Execução de Edificação Nova), ou seja, acima do fixado no Plano de Proteção aos Aeroportos, que é de 60,00 m, conforme Fichas Técnicas de fls. 342 - 343.**
>
> **d) O empreendimento aprovado é composto de dois blocos residenciais de 21 pavimentos cada um, sendo que cada prédio conta com 38 unidades, sendo 2 duplex, 2 subsolos com garagens exclusivas, ático, equipamentos sociais e apartamento de zelador (em apenas um deles).**
>
> **e) Segundo estabelece a Resolução SEMPLA CNLU/120/99, qualquer alteração nos parâmetros urbanísticos aprovados pela CNLU só pode ocorrer se for submetida à análise de SEMPLA e à deliberação da CNLU.**

[5] Resolução SEMPLA – Depto. CNLU 120/99 - Projetos de empreendimentos com proposta de participação em Operações Urbanas, só poderão alterar parâmetros urbanísticos após análise da CNLU. Obs.: republicada em PB 92812/00 (SEMPLA/CNLU)-RESOLUCOES DE 1997 - 2000. SUPLEMENTO

**Conclui-se, portanto, que na aprovação do empreendimento na SEHAB foi utilizada a liberação de gabarito autorizada pelo IV COMAR, caracterizando a inobservância da Resolução SEMPLA CNLU/120/99.**

**Quanto à proposta de Operação Urbana em análise nos autos, concluída com a lavratura da Certidão nº 08/02/SEMPLA – Operação Urbana Faria Lima, ratificamos e reiteramos as conclusões alcançadas em nossos relatórios anteriores, a saber: fl. 152v , fl. 176v e item 4.1 de fl. 243.**

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 365/368 e 385), reportando-se ao seu parecer anterior, de fls. 297/304, concluindo pela irregularidade do Termo de Compromisso e da Certidão em análise, aduziu que o acrescido é de cunho eminentemente técnico, motivo pelo qual acompanhou a Especializada em suas conclusões alusivas à alteração do gabarito do empreendimento.

Ressaltando, igualmente, o teor técnico da documentação superveniente, a Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 387) reiterou sua promoção inicial (fls. 306/325), requerendo o reconhecimento da regularidade dos atos em exame, elevando-se ao superior critério do Conselheiro Relator, a fixação de determinações pertinentes.

A Secretaria Geral (fls. 389/393 e 395/396) exteriorizou idêntica opinião à da Área Jurídica, e ratificou seu anterior pronunciamento de fls. 336, fazendo reparo, no entanto, ao resultado do cálculo do valor da diferença a título de contrapartida, para fazer constar o montante de R$ 1.425.312,00 (um milhão, quatrocentos e vinte e cinco mil, trezentos e doze reais) e não o de R$ 1.781.649,00 (um milhão setecentos e oitenta e um mil seiscentos e quarenta e nove reais).

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 411/420), 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. 424/439) manifestou-se sobre o acrescido e conclui "*que não procedem as justificativas trazidas pela D. Procuradoria da Fazenda Municipal, muito embora não devam ser desconsideradas razões de segurança jurídica, que, eventualmente, possam ser sopesadas pelos E. Conselheiros Julgadores para a preservação dos efeitos concretos da operação urbana quanto ao uso da Fórmula de Adiron*", mantendo as demais conclusões anteriormente exaradas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 441), após reiterar a integralidade de suas anteriores promoções, requereu o reconhecimento da regularidade dos atos em exame ou, ao menos, o reconhecimento de seus efeitos econômicos.

A Secretaria Geral (fls. 443/445) observou que a ressalva da Área Jurídica no sentido de que "devem ser consideradas as razões de segurança jurídica", encontra "respaldo no que restou decidido nos autos do TC nº 72.006.264/95-10, que envolve a mesma operação urbana", motivo pelo qual acompanhou "*a detida análise jurídica efetuada pela AJCE*."

Na sequência, determinou-se (fl. 449) que fossem oficiadas para apresentar defesa (i) a Secretaria Municipal de Gestão, (ii) a secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e (iii) a São Paulo – SP Urbanismo, assim como os representantes das signatárias do Termo de Compromisso nº 002/02 – EMURB Operação Urbana Faria Lima (fls. 104 – 108), mais precisamente (iv) Mac Investimentos e Participações Ltda., (v) Ades Investimentos e Participações Ltda., (vi) Agra Incorporadora Ltda. e (vii) PHD Construções Empreendimentos e Participações Ltda.

A empresa Agra Incorporadora Ltda. não foi oficiada.

Dentre outros documentos como dilação de prazo e contrato social das Interessadas, consta de mais relevante as contrarrazões conjuntas das empresas MAC Investimentos e Participações Ltda. e ADES Investimentos e Participações Ltda. (fls. 544/575), Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano (fls. 604/609) e SPUrbanismo (fls. 610/617).

Foram os autos mais uma vez encaminhados para a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, para que se manifestasse a respeito da documentação acrescida a partir de folha 363.

Em seu parecer (fls. 619/623) a Especializada assim concluiu:

> **3 – CONCLUSÃO**
>
> **Em função de todo o exposto, conclui-se que o acrescido em nada altera o entendimento expresso às fls. 147 - 152vo (18.12.2003), fls. 176 – 176v (01.06.2005), fls. 237 - 243 (20.07.2007) e fls. 359 – 362vº (30.08.2010), cujos termos são endossados, ratificados e reiterados na íntegra.**

Encaminhado os autos para manifestação da AJCE (fl. 624), esta apresentou minudente parecer (fls. 625/648v), no qual assim concluiu:

> **IV- Conclui-se, com respaldo nas manifestações jurídicas e técnicas vazadas, que houve falha na apreciação do laudo de avaliação, acarretando contrapartida financeira inferior ao devido, muito embora haja posicionamento desta Assessoria no sentido de se preservar os efeitos concretos desta Operação Urbana no que concerne à utilização da Fórmula de Adiron (fl. 437).**
>
> **A alegação de decadência é improcedente, face à natureza declaratória das decisões desta E. Corte de Contas, ex vi do art. 37, § 5º da CRFB, jurisprudência do STF e TCU, bem como a SP-Urbanismo poderia figurar entre as partes a prestarem os devidos esclarecimentos.**
>
> **Quanto ao gabarito de edificação aprovado, destacam-se as conclusões da Auditoria por seus próprios e bastantes fundamentos.**
>
> **Salvo melhor entendimento, a proposta de participação n.º 158-FL da empresa MAC Investimentos e Participações Ltda. e Outros na Operação Urbana Faria Lima não merece ser acolhida, embora, com estribo no princípio da segurança jurídica e, caso assim entendam os E. Conselheiros Julgadores, possam ser preservados os efeitos concretos referentes à utilização da Fórmula de Adiron, sem embargo das providências que o N. Conselheiro Relator entender cabíveis.**

Em seu último parecer, a d. PFM (fl. 650) declarou-se ciente do acrescido e reiterou todas suas anteriores promoções, requerendo reconhecimento formal da operação urbana ou, ao menos, a aceitação de seus efeitos econômicos.

Encaminhados os autos para a SG (fls. 652/654v), assim concluiu seu parecer, nas palavras do Sr. Secretário Geral:

> **A i. Assessora desta SG opinou pela irregularidade da Operação Urbana em análise, ao entender, dentre outras coisas, que o benefício econômico foi subavaliado, causando prejuízo ao erário. Nada obstante, em relação à "Fórmula de Adiron", muito embora tenha concluído também por ferir o princípio da legalidade, concluiu que poderá ter seus efeitos concretos preservados.**
>
> **As defesas apresentadas não alteram meu entendimento a respeito do assunto tratado nos autos, consoante manifestações de fls. 424/438 e 646/648, na condição de Assessor Subchefe de Controle Externo e Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo, respectivamente.**
>
> **Diante do exposto, igualmente afasto as preliminares arguidas e reitero, até para não ser aqui repetitivo, minhas manifestações anteriores (fls. 424/438 e 646/648), concluindo pela irregularidade da participação na operação urbana em exame, com as ponderações pertinentes ao uso da dita "Fórmula de Adiron", em justa homenagem ao princípio da segurança jurídica.**

Encaminhado os autos para o Excelentíssimo Conselheiro Revisor, Roberto Braguim, constatou este (fl. 656) que a empresa AGRA Incorporadora Ltda. (Atual PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações) não havia sido oficiada.

Encaminhada a intimação supra-apontada (fl. 660), a empresa PDG deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação.

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 48), entendendo que incorreu a prescrição; na mesma linha seguiu a Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral (peças 50 e 51).

**É o relatório.**

## VOTO

Trata-se de análise do reconhecimento da prescrição ocorrida no presente feito que aborda a análise do Termo de Compromisso nº 002/02/EMURB, decorrente da Proposta de Operação Urbana Faria Lima nº 158-FL, celebrado entre a Prefeitura do Município de São Paulo – PMSP, por intermédio da então Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, na qualidade de interveniente e as compromissárias MAC Investimentos e Participações Ltda.,

ADES Investimentos e Participações Ltda., AGRA Incorporadora Ltda. e P.H.D. Construções Empreendimentos e Participações Ltda.

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

> "*Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos.*"[6]

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*."[7]

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."*[8]

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.*"[9] 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:

---

[6] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[7] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[8] 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.
[9] 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 (...)*"[10]

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.

---

[10] 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[11], 897[12], 899[13] 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)

---

[11] *É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil*
[12] *São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*
[13] *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 [14], com efeito *erga omnes,* que

[14] 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.

determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

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

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).
>
> "(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)
>
> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de 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)

---

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)

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 da Auditoria acostado na peça 40 (fls. 176/177).

Verifica-se que, o marco temporal apontado ocorreu na data 06.06.2005, com a assinatura do ato de acordo com a peça 40 (fls. 176-177). 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[15] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[16] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[17] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[18] do mesmo diploma legal.

---

[15] 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.

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

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**



Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 19/10/2023 14:47:57 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

**TC 2302/2003**

# DECLARAÇÃO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este é meu voto, Senhor Presidente.

**JOÃO ANTONIO**

**Conselheiro Relator**



Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 09/10/2023 12:11:19 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo