ACO-UTR-555/2023

Processo - TC/003163/2004
Procedência - Secretaria Municipal de Planejamento (atual Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano)/Secretaria Municipal de Licenciamento (atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento)
Compromissária - São José Construções e Comércio Ltda.
Edital de Chamamento Público 01/1995
Certidão - 05/2007/Sempla
Termo de Compromisso 03/2003/Emurb
Objeto - Alteração de índices e características de uso e ocupação do solo dos imóveis localizados nesta Capital à Rua Franz Schubert 15 a 65, Jardim Europa, na área indiretamente beneficiada, que resultou no Termo de Compromisso 03/2003/Emurb e Certidão 33/2003/Sempla, que foi substituída pela Certidão 05/2007/Sempla/CTLU – Operação Urbana Faria Lima nº 193-FLI

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

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

A C Ó R D Ã O

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

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

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

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

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

São Paulo, 27 de setembro 2023.

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

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 10/11/2023 14:18:21 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:47:53 -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 3163/2004 Análise

Objeto: Secretaria Municipal de Planejamento (atual Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano) /Secretaria Municipal de Licenciamento (atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento) e São José Construções e Comércio Ltda. - Edital de Chamamento Público 01/95-Certidão 05/07/Sempla-Termo de Compromisso 03/2003/Emurb - Alteração de índices e características de uso e ocupação do solo dos imóveis localizados nesta Capital à Rua Franz Schubert, nºs 15 a 65, (Zona de Uso Z2 e Z8-CR4), no bairro do Jardim Europa, na área indiretamente beneficiada, que resultou no Termo de Compromisso nº 03/03/Emurb (fls. 165/170) e Certidão 33/03/Sempla, que foi substituída pela Certidão nº 05/07/Sempla/CTLU – Operação Urbana Faria Lima 193-

Interessadas: Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão - SEMPLA
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise das **Certidões 15/04/SEMPLA e 05/07/SEMPLA (substituiu a Certidão de nº 33/03),** emitidas pela então Secretaria Municipal de Planejamento Urbano – SEMPLA, decorrente do Termo de Compromisso número 003/03/EMURB, celebrado entre a Prefeitura do Município de São Paulo, por intermédio da à época denominada Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, na qualidade de interveniente, e a empresa **São José Construções e Comércio Ltda.** (fls. 165/170, 172/173, 326/327 e 491/492), oriundos da Proposta de Operação Urbana Faria Lima, que recebeu os nºs 193-FL e 234 em complemento.

As referidas certidões referem-se à aprovação de modificações dos índices e características de uso e ocupação do solo dos imóveis localizados nesta Capital, na Rua Franz Schubert, nºs 15 a 65, (Zona de Uso Z2 e Z8-CR4), área indiretamente beneficiada, conforme Propostas de Operação Faria Lima nºs 193-FL e 234 (complementação).

De acordo com a primeira proposta apresentada pela empresa Interessada, com amparo na Lei 11.732/95, a referida Operação Urbana foi autorizada com as seguintes condições e exceções urbanísticas:

1 - Aumento do C.A. (coeficiente de aproveitamento) de 1,0 para 1,63 vezes a área dos terrenos;

2 – Utilização do subsolo no recuo junto à divisa com a alça de acesso à Rua Hungria;

3 - Vedado o acesso de veículos pela Av. Cidade Jardim e pela alça da Rua Hungria;

4 - Doação da área do lote atingido pelo melhoramento viário da Av. Cidade Jardim;

5 - Atender a proporção de 1 vaga para cada 35m2 de área computável, desde que inferior a 200 vagas, sendo as excedentes computadas no C.A. (coeficiente de aproveitamento).

Os órgãos municipais estimaram em **R$ 1.433.956,30** (um milhão quatrocentos e trinta e três mil, novecentos e cinquenta e seis reais e trinta centavos) o valor do benefício econômico auferido pela Proponente, oriundo das permissões concedidas paras os citados imóveis, computando a **área do adicional construtivo de 1.386,71m², em terreno de 2.213,29m² de área**, e fixou a contrapartida financeira em **R$ 1.147.164,80** (um milhão cento e quarenta e sete mil cento e sessenta e quatro reais e oitenta centavos) (folhas 111/118 e 120/122).

Por conseguinte, com base no Despacho SEMPLA.CNLU/1077/2002 (fls. 120/123), foram formalizados o **Termo de Compromisso nº 03/03/EMURB** (em 11/11/03 – fls. 165/170) e a **Certidão nº 33/03/SEMPLA** (em 25/10/03 – fls. 172/173).

Após, constatou-se que a área de 82,71m² que a empresa Beneficiária deveria doar à Municipalidade, conforme disposto no item 1.f. da **Certidão 33/03**, já havia sido doada à Prefeitura do Município de São Paulo, nos termos da Escritura de Doação lavrada em 22/04/1993 (fls. 303/310), com base no artigo 6º da Lei Municipal nº 11.228/92.

A pedido da Interessada, foi autorizada a inclusão da mencionada metragem de 82,71m² na área do terreno, sem alteração do valor da contrapartida, cuja formalização deu-se pelo DESPACHO SEMPLA.CTLU/064/2004 (fls. 316/317), de 31/08/2004, que reti-ratificou o Despacho SEMPLA.CNLU/1077/2002, resultando nas seguintes alterações:

- Área do terreno de 2.213,29m² para 2.296,00m²
- Área remanescente de 2.117,69m² para 2.213,29m²
- Coeficiente de aproveitamento de 1,63 vezes para 1,604.

Em decorrência, a SEMPLA lavrou, em 16/09/2004 **a Certidão nº 15/04/SEMPLA, em substituição à Certidão nº 33/03/SEMPLA**" (fls. 326/327).

Posteriormente, a Interessada, em 17/07/2006, solicitou à SEMPLA modificação dos parâmetros urbanísticos aprovados pela Certidão nº 15/04/SEMPLA, apresentando para análise projeto para o terreno de 2.296,00m² ao qual foi anexado **novo lote de 559,00m²,** cujo aumento de área para concessão de benefícios recebeu parecer favorável do Grupo de Trabalho – GT OU FL, em reunião de 19/09/2006 e aprovada pela Câmara Técnica de Legislação Urbanística – CTLU (fls. 443, 464/469, 470 e 476).

O Despacho SEMPLA.CTLU/200/2006 (fls. 477/478), de 26/10/2006, aprovou a proposta modificativa de benefícios complementares à Operação Urbana 193/FL, **revogou o Despacho SEMPLA.CTLU/064/2004, e reti-ratificou o Despacho SEMPLA/1077/2002**, mantendo inalteráveis o potencial adicional construtivo e o valor da contrapartida.

O citado Despacho (Sempla.CTLU/200/2006), fez constar as seguintes alterações:

- Área do terreno: 2.855m²;
- Área remanescente: 2.772,29m²;
- Coeficiente de aproveitamento: 1,485713 do lote atual.

Tomando ciência do despacho publicado em 17/02/2007, a Interessada solicitou a correção do item "f" que manteve a obrigação do proprietário de "*doar área do terreno atingida por melhoramento viário*", quando já havia sido doada à Municipalidade, conforme documento anteriormente anexado ao processo e indicação em plantas (fl. 481).

Para fins de retificação, foi expedido o Despacho SEMPLA.CTLU/233/2007 (fls. 486/487), em 29/03/2007, que alterou a redação do item "f", fazendo constar: "o proprietário já doou a área do terreno atingida pelo melhoramento viário (...)".

Assim, lavrou-se a Certidão nº 05/07/SEMPLA/CTLU (fls. 491/492), em substituição à Certidão nº 15/04, com o item "f" retificado e os demais termos mantidos.

Em síntese, do histórico retro exposto, os atos praticados pela Origem para a formalização dos incentivos concedidos à Beneficiária da Operação Urbana Faria Lima nº 193, consistem nos seguintes documentos:

I – TERMO DE COMPROMISSO

Nº 03/03/EMURB, de 11/11/2003 (fls. 165/170)

II - DESPACHOS:

1 - Sempla.CNLU/1077/2002 (fl.120) – reti-ratificado pelos Despachos 64/04 e 200/2006

2 - Sempla.CTLU/064/2004 (fls.316/317) – Revogado pelo Despacho 200/06

3 - Sempla.CTLU/200/2006 (fls.477/478) – reti-ratificado pelo Despacho 233/2007

4 - Sempla.CTLU/233/2007 (fls. 486/487)

III - CERTIDÕES:

1 – Nº 33/03/SEMPLA (fls. 172/173 - 25/10/2003) – Substituída pela Certidão nº 15/04.

2 – Nº 15/04/SEMPLA (fls. 326/327 - 16/09/2004) – Substituída pela Certidão nº 05/07.

3 – Nº 33/03/SEMPLA (fls. 491/492 - 17/04/2007)

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** efetuou a análise dos atos supramencionados, à medida que eram praticados, motivo pelo qual a instrução processual seguiu a correspondente ordem cronológica.

No exame dos documentos relativos ao **Termo de Compromisso nº 03/03/EMURB e à Certidão nº 33/03/SEMPLA**, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Assessoria Jurídica de Controle Externo** concluíram pelo não acolhimento da referida Operação Urbana, com base nos seguintes fundamentos (fls. 206/220 e 223/226 [Peça 13] e 227-227vº):

1 – a caução efetuada em 04/08/03, somente após o pagamento da 4ª parcela e pelo saldo devedor de R$ 585.054,00, correspondente às 6 últimas parcelas restantes;

2 – a Certidão nº 33/03 foi expedida antes do Termo de Compromisso, contrariando o § único do art. 7º do Decreto nº 41.257/01.

3 – subavaliação do benefício de R$ 1.433.956,30 (um milhão quatrocentos e trinta e três mil, novecentos e cinquenta e seis reais e trinta centavos) calculado pela Interessada e referendado pelo Grupo de Trabalho – Operação Urbana - GT-OU Faria Lima. Conforme avaliação da Auditoria, o valor do benefício econômico é de R$ 2.109.881,08.

4 – A contrapartida aprovada pela Comissão Normativa de Legislação Urbanística - CNLU, de R$ 1.147.164,80 (um milhão cento e quarenta e sete mil cento e sessenta e quatro reais e oitenta centavos), representa 54,37% do benefício calculado pela Auditoria, inferior a 60% considerando o mínimo que poderia ser admitido.

No tocante aos valores parcelados pagos sem incidência da correção monetária, prevista no artigo 6º do Decreto Municipal nº 41.257/01, a Auditoria ressaltou ser questão superada em razão de prevalecer a Lei Federal 10.192/01 (vedou atualização em periodicidade inferior a um

ano), conforme decidido por este Tribunal de Contas no julgamento das Contas da EMURB do exercício de 2001 (publ. DOC 19.12.03)

Os signatários dos documentos supramencionados e os membros da CNLU foram intimados para conhecimento e oferecimento de defesa (fls. 228/290), os quais, na documentação especificada na informação de folha 293, arguiram ilegitimidade de parte pelas razões ali aduzidas.

Encaminhados os autos para a Auditoria, verificou-se "**a lavratura da Certidão nº 15/04/SEMPLA, em substituição à Certidão nº 33/03/SEMPLA**", tendo por objeto a alteração da área do terreno de 2.213,29m² para 2.296,00m² motivado pelo fato de que o acréscimo de 82,71m² correspondia à área que a Beneficiária doaria à Municipalidade, mas que já havia sido doada, em 1993.

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (Peça 4 - fls. 335/336), ao analisar as defesas apresentadas, entendeu pertinente a alegação de ocorrência de lapso na data lançada na Certidão nº 33/03, que correspondeu ao da publicação do Despacho nº 208/2003/SEMPLA.G (fl. 171), que autorizou a expedição da competente Certidão, motivo pelo qual considerou superado o apontamento referente à inversão da sequência formalização dos atos (Certidão nº 33/03 foi expedida antes do Termo de Compromisso a Certidão qual reviu sua conclusão).

A Auditoria também procedeu à análise da Certidão n.º 15/04/SEMPLA, em substituição à Certidão n.º 33/03/SEMPLA - UOFL, contemplando os novos parâmetros do projeto e, adstrita à sua área de competência e ao exame documental, concluiu pela regularidade formal do Termo de Compromisso n.º 03/03-EMURB e das Certidões n.ºs 33/03/SEMPLA e 15/04/SEMPLA - OUFL.

A análise dos termos e condições da Operação Urbana foi realizada pela Especializada que, às folhas 350/359 (Peça 5) manifestou-se sobre as defesas apresentadas e às folhas 360/362 (Peça 2) procedeu ao exame da Certidão nº 15/04/SEMPLA, cujas conclusões estão assim sintetizadas às folhas 363/363vº (Peça 3):

"No entanto, na análise do mérito da defesa apresentada, constante às fls. 350 – 359, os técnicos designados concluíram que:

"4.1 -O 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 (subitem 2.5).

4.2 - O cálculo da área computável adicional concedida não está em consonância com a Lei nº. 13.430/02 – Plano Diretor, que considera toda área construída coberta como área computável, inclusive o subsolo (subitem 3.2).

4.3 - As irregularidades apontadas pela então DIVISÃO TÉCNICA II (fls. 211 – 220) no cálculo da contrapartida não foram contestadas, até porque nem foram analisadas pelo Grupo Técnico responsável (subitem 2.3.2).

4.4 - A concessão de ocupação dos recuos no subsolo não está prevista na Lei nº. 11.732/95 – Operação Urbana Faria Lima e, portanto, não deveria ter sido concedida pela CNLU (subitem 3.3).

4.5 -A doação da área prevista na alínea f da Certidão nº. 33/03/SEMPLA – Operação Urbana Faria Lima (fls. 172 – 173) está equivocada, pois essa área já fora doada pelo antigo

proprietário do imóvel situado na Rua Franz Schubert nº. 15 quando da sua venda a São José Construções e Comércio Ltda.

4.6 A demora de 80 (oitenta) dias para a publicação do DESPACHO.SEMPLA.CNLU/1077/2002 (data inicial para a contagem do prazo para o pagamento da contrapartida) trouxe prejuízo aos cofres públicos (subitem 2.3.2).

4.7 - A ART do engenheiro responsável pelo Laudo de Avaliação, exigência da Lei Federal nº. 6.496/77, não consta do Laudo de Avaliação (subitem 2.3.2).”

Além disso, em análise complementar da Certidão nº 15/04/SEMPLA, às fls. 360 – 362, os técnicos designados concluíram que: “... a expedição da Certidão nº. 15/04/SEMPLA – Operação Urbana Faria Lima foi equivocada, pois quando da apresentação dos documentos referentes aos imóveis objetos da Operação Urbana Faria Lima a doação já havia se concretizado e o benefício, previsto no artigo 6º da Lei nº. 11.228/92, já havia sido usufruído.”

À vista de todo o exposto, concluímos, tendo em vista o exame de mérito, pela irregularidade das Certidões nº 33/03/SEMPLA e nº 15/04/SEMPLA.”

Pelos equívocos constatados em relação à área já doada, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou a necessidade da Certidão nº 15/04-SEMPLA “ser retirratificada** no que se refere à área do imóvel, ao coeficiente de aproveitamento e à obrigatoriedade do proprietário em doar a área atingida pelo melhoramento viário aprovado pela Lei nº 8.574/77” (fl. 362).

Nesse momento processual foi incluída a documentação relativa à expedição da **Certidão nº 05/07-SEMPLA** (fls. 365/492), contemplando a modificação dos parâmetros urbanísticos com aumento de área, cuja análise realizada pela Auditoria abrangeu o conjunto de procedimentos adotados pela Origem (Peça 8 - fls. 510/517) e os termos e as condições da citada Certidão (Peça 6 – fls. 518/523).

Da análise realizada pelos técnicos, destaca-se a constatação de equívocos no cômputo da área total do terreno, no coeficiente de aproveitamento e cálculo da área aprovada, considerando que a área de 82,71% já havia sido doada à Municipalidade e não integrava o imóvel da Interessada e que a área computável do subsolo de 2.447,71m² não foi incluída, conforme determina o art. 15 da Lei nº 10.334/87.

As conclusões alcançadas em ambas as análises estão assim consolidadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle (Peça 7 – fls. 523/523vº):

“Em relatórios de fls. 510 – 517 e 518 – 522vº, os técnicos designados concluíram pela irregularidade dos procedimentos adotados, tendo em vista as seguintes infringências:”

1 – Não atendimento ao Artigo 18, parágrafo único, do Regimento Interno aprovado pela Resolução 41/06 - CTLU/SEMPLA, quanto ao prazo de 48 (quarenta e oito) horas para a publicação do DESPACHO.

2 - Não consta Portaria do Sr. Secretário Municipal de Planejamento Urbano, nomeando o Sr. Luiz Laurent Bloch como Secretário Executivo da CTLU, para a reunião de 26.10.2006.

3 - Não consta Portaria nomeando os representantes da SVMA.

4 - Não constam as assinaturas e rubricas dos membros da CTLU nas Atas da 25ª reunião ordinária de 26.10.2006 e da 8ª reunião extraordinária de 29.03.2007.

(...)

5 - A Certidão nº. 05/07/SEMPLA/CTLU – Operação Urbana Faria Lima está equivocada, pois quando da apresentação dos documentos referentes aos imóveis objetos da Operação

Urbana Faria Lima a doação da área de 82,71m2 do imóvel situado na Rua Franz Schubert nº 15, atingido pelo melhoramento viário aprovado pela Lei nº 8.574/77, já havia se concretizado e o benefício previsto no artigo 6º da Lei nº. 11.228/92 já havia sido usufruído pelo antigo proprietário do imóvel, razão pela qual deverá ser retificada no que se refere a:

5.1 - Área do imóvel de 2.855,00m2 para 2.772,29m2.

5.2 - Coeficiente de aproveitamento de 1,485713 para 1,53.

5.3 - Exclusão da alínea "f", tendo em vista que a área de 82,71m2 atingida pelo melhoramento viário aprovado pela Lei nº 8.574/77 já havia sido doada pelo antigo proprietário antes da aquisição pela compromissária São José Construções e Comércio Ltda.

5.4 - Área computável adicional de 1.386,71m2 para 3.917,13m2 (itens 2.1 e 2.2.2).

6 - Deverá ser paga pela Compromissária a parcela da contrapartida correspondente ao acréscimo de área computável adicional de 2.530,42m2 (= 82,71m2 + 2.447,71m2)."

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (Peça 15 - fls. 535/542) em sua manifestação, entendeu que os membros do Grupo de Trabalho não seriam co-reponsáveis pelos atos administrativos impugnados, mas os respectivos ordenadores da despesa, signatários dos referidos atos, por isso propôs também a convocação dos responsáveis pelo superveniente DESPACHO/SEMPLA/CTLU/233/2007 (fls. 486/487), e correspondente Certidão nº. 05/07/SEMPLA/CTLU.

Propôs, ainda, a convocação da empresa Interessada (São José Construções e Comércio Ltda.), "tendo em vista que, a par da apontada diferença na contrapartida e na área computável adicional, pleiteou um benefício (fl.311/314) a que não tinha direito, posto que a doação da área atingida por melhoramento viária já havia sido efetuada pelo antigo proprietário do imóvel, que usufruiu, à época, o benefício concedido pela lei."

Cabe aqui registrar que a empresa Beneficiária da Operação Urbana 193-FL foi devidamente **intimada e deixou transcorrer *in albis*** o prazo para manifestação (fls. 926 e 932).

Nos termos do despacho de folhas 543/544, foram expedidos ofícios à SEMPLA e à EMURB e intimações para os agentes públicos, para fins de conhecimento e manifestação a respeito dos pareceres técnicos sobre os atos relativos à Operação Urbana em tela.

A documentação apresentada pelas partes, identificada na informação de folha 729, foi analisada pela **Auditoria** (Peça 10 - fls. 734/750), que destacou o fato do signatário do acima citado Despacho/Sempla/CTLU/233/2007, valer-se de alegações de defesas subscritas por agentes públicos aos quais não outorgou procuração, aduzindo, ainda, que os membros do Colegiado são responsáveis pelos atos que analisaram.

Todos defenderam a legitimidade dos atos e a SEMPLA invocou a interpretação conjunta das Leis Municipais nºs 8.328/75, 11.732/95 e 14.044/05, para justificar a não inclusão da área de estacionamento do subsolo na área computável, argumento considerado inválido pela Auditoria, por haver disposição legal expressa sobre a matéria e estar a Administração obrigada a pautar-se nos princípios da legalidade e da impessoalidade.

Após analisar cada argumento apresentado e respectiva documentação a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** constatou a emissão de Portaria do Sr. Secretário Municipal de Planejamento Urbano, nomeando o Sr. Luiz Laurent Bloch como Secretário Executivo da CTLU, para a reunião de 26.10.2006 e da Portaria nomeando os representantes da Secretaria do Verde

e do Meio Ambiente, restando sanados os respectivos apontamentos e, uma vez remanescendo as demais irregularidades, proferiu a seguinte conclusão:

"Diante de todo o exposto, ratificamos e reiteramos, nos seguintes termos, as conclusões alcançadas por esta Coordenadoria VI nas manifestações de fls. 211 - 219, quanto ao cálculo subavaliado da contrapartida paga, com a ressalva quanto à outorga do benefício referente à ocupação do recuo de frente no subsolo que, por ser ilegal, não cabe nem a concessão dessa exceção nem o pagamento de contrapartida; de fls. 350 - 359; de fls. 360 - 362; de fls. 510 - 517, no item 12.3, e de fls. 518 - 522."

No tocante ao valor da contrapartida devida em razão do apurado inicialmente e do acréscimo de área computável adicional de 2.530,42 m2 (=82,71 m2 + 2.447,71 m2) a **Auditoria** apurou a seguinte diferença a ser pela Compromissária (Peça 11 – fls. 787/788):

"*informamos que o valor da diferença da Contrapartida é de R$ 4.089.477,99 (quatro milhões, oitenta e nove mil, quatrocentos e setenta e sete reais e noventa e nove centavos) e a data base: novembro/2002*."

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (Peças 17/18 – fls. 753/765 e 782/785), ao manifestar-se sobre a documentação acrescida aos autos, abordou a responsabilidade pelas decisões tomadas pela Comissão Normativa de Legislação Urbanística – CNLU, que deve caber a cada integrante desse órgão colegiado e não somente a quem o preside, mas que neste caso o então Presidente e signatário do Despacho.Sempla. CNLU/1077/2002 (fls. 359) responde isoladamente pela tardia publicação do ato, que gerou a postergação do marco inicial do prazo para o pagamento da contrapartida.

Ressaltou o caráter não vinculante do parecer do Grupo de Trabalho e a incumbência da CNLU de analisá-lo (art. 16 da Lei Municipal nº 11.732/95 e art. 10 do Decreto Municipal nº 41.257/01) e a responsabilidade do signatário do Termo de Compromisso 03/03/EMURB (fls. (165/170) pela caução irregular e falta de correção monetária das parcelas da contrapartida.

Tecendo considerações sobre o mérito, endossou o apontamento da Auditoria quanto à impossibilidade da parcela do imóvel doada – convertida posteriormente em matrícula específica - ser novamente utilizada, por outro proprietário, para efeito de cálculo do coeficiente de aproveitamento.

Quanto à subavaliação dos benefícios econômicos decorrentes da concessão de incentivos urbanísticos, igualmente acompanhou as conclusões da Auditoria, por tratar-se de matéria técnica, envolvendo método de cálculo e aplicação equivocada da legislação vigente à época.

Trilhando a mesma linha percorrida nas manifestações da Especializada, entendeu que, além das irregularidades supramencionadas, também "*afetam a Operação Urbana em apreço o fato de a caução ter sido prestada tardiamente (fl. 208); a inexistência de correção monetária dos valores parcelados (fl. 208); o atraso na publicação do DESPACHO.SEMPLA.CNLU/1077/2002 em 80 (oitenta) dias (fls. 359); a ausência de ART do engenheiro responsável pelo Laudo de Avaliação (fls. 359); e a falta de assinatura dos membros da CTLU nas Atas da 25ª Reunião Ordinária de 26.10.2006 e na Reunião Extraordinária de 29.03.2007 (fls. 517)*."

Destacou que as exceções ao direito de construir, previstas na Lei Municipal nº 11.732/95, por configurar situação excepcional aos parâmetros estabelecidos pela Legislação Urbanística, devem ter caráter restritivo, não comportando interpretações como defendem a Origem e os

Interessados e, uma vez não respeitados os limites legais, os atos praticados à revelia da legislação de regência, não comportam acolhimento.

Ao final, afastou a possibilidade de invocar-se a teoria do fato consumado diante da evidência de que a transgressão à lei não pode ser premiada em qualquer circunstância, sob pena de estar-se desafiando a força cogente da norma jurídica em desprestígio da autoridade estatal.

Dessa forma, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo** reafirmou seu posicionamento quanto ao não acolhimento da Operação Urbana sub examine, porquanto eivada de irregularidades.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal**, lastreada nos esclarecimentos e justificativas técnicas da Origem opinou pela regularidade formal da Operação Urbana e, na sequência, 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*" (fls. 793/808 e 810/819).

A Secretaria Municipal de Gestão- SMG, a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano – SMDU (incorporada pela Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento – SMUL) e a São Paulo Urbanismo – SP Urbanismo, órgãos relacionados à Operação Urbana em análise, foram oficiados para manifestação sobre o processado e encaminharam suas justificativas (fls. 861, 868, 873/878, 882/892 e 895/914).

A SMG informou a transferência da Câmara Técnica de Legislação Urbanística – CTLU da então SEMPLA para a SMDU, de conformidade com o artigo 19 da Lei nº 14.879/2009.

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (Peça 12 – fls. 922/925vº - 03/08/2017) analisou as razões expendida pela Procuradoria da Fazenda Municipal e a documentação apresentada pelos órgãos oficiados, e constatou não haver dados novos a considerar, posto que, embora a EMURB discordando do cálculo do adicional de construção elaborado pela Auditoria, alegando equívoco na interpretação da lei (fl. 912 - folha de informação 17), não justificou, pois deixou de juntar a folha de informação 18, que seria a seguinte.

Em conclusão entendeu ser pertinente a ilegitimidade de parte em relação ao Sr. Antonio Carlos Réa e aos membros do Grupo de Trabalho da Operação Urbana Faria Lima.

No tocante ao mérito, consignou: "À luz das análises efetuadas, reiteramos todos os apontamentos ora analisados."

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (Peças 19 e 20 - fls. 832/842 e 934/940 – 02/05/2018), manifestou-se acerca das razões complementares da PFM, e observou que a utilização indevida da "Fórmula de Adiron" não consta das verificações da Auditoria, por isso não se aplica ao presente caso. Entretanto, juntou cópia do parecer jurídico produzido originalmente para o TC 2.302/2003, no qual a AJCE discorre a respeito da matéria trazida pela PFM e ao final tece ponderações acerca das razões de segurança jurídica e necessária estabilização das relações.

Quanto à documentação apresentada pelos Órgãos Municipais e à análise efetuada pela Auditoria, revolveu a questão da legitimidade passiva e concluiu que, embora a Lei 11.932/95 não preveja a responsabilidade solidária, em se tratando de membros da CNLU e do GT a responsabilidade é subjetiva, devendo ser imputada na medida da específica contribuição de

cada um para a formação dos atos impugnados. Tal qual AUD também entendeu não caber a responsabilização do signatário do Termo de Compromisso, vinculado à decisão da CNLU.

No mérito, endossou os apontamentos relativos a cada uma das irregularidades apuradas e mantidas ao longo da instrução processual, destacando a indevida ocupação do recuo nos subsolos, benefício não previsto em lei, além da reutilização de área doada para fins de obtenção de novo incentivo urbanístico e da contrapartida subavaliada e desproporcional à vantagem auferida pela Interessada, por isso comprometendo os objetivos da lei, voltados ao interesse público.

Assim, conclui que "a proposta de participação de Operação Urbana nºs 193 FLI e 234 FL (em complemento), da empresa São José Construções e Comércio Ltda. não merece ser acolhida, sem prejuízo das providências ... cabíveis."

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fls. 942/944 – 08/05/2018), reiterou o requerimento favorável ao reconhecimento da regularidade da Operação Urbana em apreço ou, ao menos, o reconhecimento de seus efeitos econômicos.

A **Secretaria Geral** (Peças 21/22 – fls. 846/858/859 e 946/948 e 949/vº), com amparo nas manifestações da Auditoria e da Área Jurídica, opinou pelo não acolhimento da Operação Urbana em análise, bem como das considerações complementares apresentadas pelo Órgão Fazendário e o Secretário Geral, a seu turno, apresentou ponderações acerca de aplicação do princípio da segurança jurídica.

E, em sua derradeira manifestação (09/04/2019), a Secretaria Geral reiterou sua anterior conclusão, pelo não acolhimento da proposta de participação na Operação Urbana ora apreciada.

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 31), entendendo que incorreu a prescrição; na mesma linha seguiu a Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral (peças 33 e 34).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de análise do reconhecimento da prescrição ocorrida no presente feito que aborda a análise das **Certidões 15/04/SEMPLA e 05/07/SEMPLA (substituiu a Certidão de nº 33/03),** emitidas pela então Secretaria Municipal de Planejamento Urbano – SEMPLA, decorrente do Termo de Compromisso número 003/03/EMURB.

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."*[1]

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*."[2]

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."*[3]

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.*"[4] 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 (...)"*[5]

---

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

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.

> "*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[6], 897[7], 899[8] 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*

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

> *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[9], com efeito *erga omnes,* que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

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

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer

[9] 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)

ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).

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

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

Inclusive no que tangia a aplicação das causas interruptivas da mesma Lei Federal:

"*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 2°, II, DA LEI 9.873/1999. ATO INEQUÍVOCO DE APURAÇÃO DO FATO. DISCUSSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos*. ***II – Aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se que a pretensão sancionatória do TCU, em relação aos atos praticados pelo impetrante, levandose em consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.*** *III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado. IV - Agravo regimental a que se nega provimento*." (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

Na ADI º5.509, como pode ser visto pelo Voto Relator do Ministro Edson Fachin, foi decidido que:

> "*Com fundamento nesses precedentes, é possível, portanto, sintetizar a orientação aplicável para a fixação e a contagem dos prazos prescricionais das ações de competência do Tribunal de Contas. A atividade de controle externo equipara-se, para fins de contagem do prazo prescricional, ao poder de polícia do Estado e, como tal, nos termos do art. 1º da Lei 9.873, de 1999, "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado*"." (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022. Voto Relator Ministro Edson Fachin p. 16, Acórdão p. 24)

Perante esta consolidação do entendimento jurisprudencial do STF o TCU resolveu normatizar em 11/10/2022 a Resolução nº 344/2022, que disciplinou o instituto da prescrição na Corte considerando expressamente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no Recurso Extraordinário nº 636.886 (tema 899 da Repercussão Geral) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509.

Subsequentemente a normatização do TCU, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) publicou nota em 24/04/2023 conjuntamente com o Instituto Rui Barbosa (IRB), o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC) e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM), recomendando que os demais Tribunais de Contas também normatizassem a questão da prescrição e decadência.

Seguindo a jurisprudência do STF, o exemplo do TCU com a sua Resolução 344/2022 e a Nota Recomendatória nº 02/2023 do Conjunto Atricon-IRB-Abracom-CNPTC, este TCMSP, em 07/06/2023, normatizou a Resolução nº 10/2023 que disciplina o instituto da prescrição nesta Corte.

Citada Resolução desta Corte de Contas Municipal acompanha o modelo da Resolução do TCU e o entendimento do STF ao expor em seu art. 1º que:

> "***Art. 1º*** *A prescrição nos processos de controle externo, em curso no Tribunal de Contas do Município de São Paulo, observará o disposto na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, na forma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509, e regulamentada por esta resolução, exceto os de apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões.*"

Pois bem. Vigente a resolução normatizando a prescrição nesta Corte se tornou obrigatório analisar se os processos que tramitam em sua jurisdição estão prescritos.

Mencionada obrigação deve ser cumprida independente do momento processual, dado a natureza de matéria de ordem pública da prescrição, exceto os que já estão

transitados em julgado (regra do art. 17 da Resolução TCMSP nº 10/2023), de acordo com o que já firmou a jurisprudência do TCU:

> "*O fato de o responsável ter suscitado a ocorrência de prescrição apenas em sede de embargos de declaração não impede o TCU de examiná-la, uma vez que, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser aferida em todos os processos em tramitação no TCU, à exceção daqueles já remetidos aos órgãos ou entidades competentes para cobrança judicial (art. 10 da Resolução TCU 344/2022) ou para os quais já tenha ocorrido o trânsito em julgado no TCU até a data de publicação da mencionada resolução (art. 18).*" (Acórdão 23/2023-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Complementarmente, por ser, reitera-se, matéria de ordem pública, o TCU também já se posicionou que a matéria da prescrição pode ser revista de ofício até em casos em que já houve decisão a negando anterior a entrada da resolução normativa:

> "A ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória do TCU, matéria de ordem pública, pode ser revista de ofício em sede de embargos de declaração, mesmo que já tenha sido devidamente enfrentada na decisão recorrida, se esta foi proferida anteriormente à edição da Resolução TCU 344/2022, que regulamentou a matéria no âmbito do Tribunal." (Acórdão 727/2023-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Revisão de ofício | SUBTEMA: Matéria de ordem pública.)
>
> A aprovação da Resolução TCU 344/2022, que regulamenta, no âmbito do Tribunal, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, constitui fato superveniente que autoriza o exame de ofício da incidência da prescrição em sede de embargos de declaração, mesmo que essa questão já tenha sido expressamente analisada, sob a égide do entendimento anterior à resolução, na decisão embargada, por se tratar de matéria de ordem pública.(Acórdão 2971/2023-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Feito estas considerações gerais acerca do histórico e consolidação do instituto da prescrição nos Tribunais de Contas é caso de analisar o caso concreto.

No que tange ao caso em tela, devem ser identificados primeiramente os marcos temporais em que pretensamente ocorreu decurso do lapso temporal prescricional.

O marco temporal apontado é o Relatório de Auditoria acostado na peça 04.

Verifica-se que, o marco temporal apontado ocorreu na data 19.09.2005, com a assinatura do ato, de acordo com a peça 04. 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[10] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[11] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[12] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[13] do mesmo diploma legal.

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

DETERMINO o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada às Operações Urbanas, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Cumpridas as formalidades legais, arquive-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

[10] 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.

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

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 19/10/2023 14:47:51 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 3163/2004

DECLARAÇÃO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 09/10/2023 12:11:15 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo