ACO-UTR-612/2023

Processo - TC/005163/1999
Procedência - Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão (atual Secretaria Municipal de Gestão)
Compromissária - Brazil Realty S.A. Empreendimentos e Participações
Termo de Compromisso 03/1999/Sempla R$ 9.685.200,00
Objeto - Proposta de Operação Urbana Faria Lima nº 86-FL, pleiteando a alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo do imóvel localizado na Avenida Faria Lima com Rua Lopes Neto

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. RESPONSABILIDADE. PRESCRIÇÃO. 1. A prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória deve observar os marcos iniciais de contagem estabelecidos na resolução 10/2023 do TCMSP, decorrido o prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitos, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, ou às causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º. Art. 4º, 5º e 8º, Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDO. Votação unânime. NÃO APRECIADO O MÉRITO. PRESCRIÇÃO. Votação por maioria. 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 JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos trabalhos realizados e, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, RICARDO TORRES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, e em reconhecer a incidência da prescrição nos presentes autos, em conformidade com a Resolução nº 10/2023 deste Tribunal, não apreciando o mérito dos fatos.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, com declaração de voto, que acolheu a preliminar de ilegitimidade de parte dos membros do Grupo de Trabalho da Operação Urbana, afastou a ilegitimidade de parte da CTLU porque, diferentemente, atuaram como ordenadores da despesa, e, quanto ao mérito, julgou irregulares a Proposta de Operação Urbana Faria Lima n. 86-FL, o Termo de Compromisso 03/1999/Sempla e a Certidão 03/1999/Sempla.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio do relatório, voto e deste Acórdão à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada às Operações Urbanas, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, bem como, após as demais comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 27 de setembro 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
JOÃO ANTONIO – Relator

/cv

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 16/11/2023 11:41:20 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO Data: 16/11/2023 18:05:59 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

eTCM nº 5.163/1999

Interessado: Secretaria Municipal de Planejamento - SEMPLA
Responsáveis: Heloísa M. Salles P. Proença - Secretária Municipal do Planejamento
Objeto: Alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo do imóvel localizado nesta Capital na Av. Faria Lima com Lopes Neto, contribuintes nºs. 299.011.0021-4/0045-1/0048-6/0178-4/0181-4.

EMENTA
ANÁLISE. TERMO DE COMPROMISSO OPERAÇÃO URBANA FARIA LIMA. SEMPLA. A matéria tratada perdeu sua relevância em razão do tempo transcorrido. Reconhecimento da prescrição do presente julgado, nos termos da Resolução nº 10/2023, deste Tribunal, determinando, por economia processual, o arquivamento dos autos com base na previsão contida no art. 12, da mesma resolução, após as devidas comunicações de praxe. ARQUIVO.

RELATÓRIO

Trata o TC 72.005.163.99.00 de análise do Termo de Compromisso nº 03/99/SEMPLA - Operação Urbana Faria Lima, pleiteando a alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo do imóvel localizado na Av. Faria Lima com a Rua Lopes Neto, tendo como compromissário: Brazil Realty S/A Empreendimentos e Participações. O valor orçado da operação foi de 10.077.203,20 UFIRs.

A Auditoria promoveu a análise do ajuste às fls. 62-65, concluindo que o instrumento encontra-se regularmente formalizado e em condições de ser acolhido.

A Assessoria Técnica de Engenharia elaborou o relatório de fls. 66-71,

entendendo que o valor da contrapartida calculado para traduzir a exceção concedida (área computável adicional de construção de 20.754,00 m2) está de acordo com a legislação vigente.

A Assessoria Jurídica elaborou seu parecer às fls. 84-87, opinando ao final pela regularidade da operação urbana em apreço.

A Procuradoria da Fazenda Municipal à fl. 90 opinou pela aprovação da operação urbana tratada nos autos.

Diante da documentação acrescida às fls. 93-134 que modificou a operação urbana tratada nos autos, a Assessoria Técnica de Engenharia analisou os documentos às fls. 138-140-v, oportunidade em que reiterou seu entendimento anterior.

A Assessoria Jurídica às fls. 143-146, por sua vez, considerou a Operação Urbana irregular, ressaltando que a mera criação de área de circulação de pedestres e jardim não atende a exigência contida na lei que requer atividade de uso aberto ao público e, por esse motivo, considerou que o valor de R$ 692.000,00 deixou de ser recolhido aos cofres públicos diante da concessão do benefício de 20% da área do terreno em área computável gratuita.

À fl. 147-v foi determinado oficiar a Origem para ciência das conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos.

Diante da documentação acrescida às fls. 152-155, a Assessoria Técnica de Engenharia às fls. 159-161 analisou os documentos, concluindo

que nada foi alterado em relação ao seu entendimento anterior.

A Assessoria Jurídica às fls. 163-165 reiterou seu pronunciamento anterior pela ilegalidade e antieconomicidade da Operação Urbana em apreço.

À fl. 167 foi determinada a intimação da senhora Heloisa Maria de Salles Penteado Proença, Secretária Municipal de Planejamento, do senhor Alfredo Cotait Neto, Presidente da Comissão Normativa de Legislação Urbanística – CNLU e à época, dos membros do grupo de trabalho e da empresa compromissária.

As defesas foram juntadas às fls. 206-227,231-240, 248-256, 257-258, 259-260 e 262-271.

A Assessoria Técnica de Engenharia analisou as defesas apresentadas às fls. 279-281-v, entendendo que nada foi alterado em relação à sua última manifestação nos autos.

A Assessoria Jurídica em sua análise efetuada às fls. 301-310 afastou preliminarmente a alegação de ilegitimidade de parte arguida pelos senhores Presidente da CNLU e Secretária Municipal, uma vez que, ao expedir e homologar a decisão proferida pela Comissão, a eles é atribuída a responsabilidade pelo ato praticado na qualidade de ordenadores da despesa.

Afasta também a preliminar de incompetência deste Tribunal para apreciar a multiplicidade de aspectos que compõem o ato que aprovou a Operação Urbana, fundamentando-se nos artigos 70 e 71, inciso II, da Constituição Federal que confere aos Tribunais de Contas o julgamento das

contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos.

Quanto aos integrantes do Grupo de Trabalho, em que pese a responsabilidade profissional pelo parecer produzido, alegou que o trabalho desenvolvido possuiu caráter instrutório e opinativo e que, no âmbito deste Tribunal, a responsabilidade pelos atos administrativos impugnados caberia ao ordenador da despesa.

Por esses motivos, entendeu que a preliminar de ilegitimidade passiva alegada pelos membros do grupo deve ser acolhida com exclusão da relação processual dos defendentes: Diana Teresa Di Giuseppe, Domingos Sinibaldi Sobrinho, Marilena Fajerstajn, Wladimir Ávila, Domingos Theodoro de Azevedo Netto, Clementina De Ambrosis, Paulo Roberto Castaldelli, Lúcia de Sousa Machado, Luiz Roberto Rolim de Oliveira e Hussain Aref Saab.

Quanto ao mérito, manteve seu entendimento anterior, apontando o prejuízo de R$ 692.000,00 aos cofres públicos diante da concessão do benefício de 20% da área do terreno em área computável gratuita.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, às fls. 312-313, salientou que na hipótese de subavaliação e recolhimento a menor do valor da contrapartida, muito mais útil é o acolhimento parcial da operação e a determinação de recolhimento em favor do erário da diferença apontada pela Assessoria Técnica de Engenharia.

A Secretaria Geral às fls. 315-318 entendeu que não havia de se cogitar a responsabilidade da Origem, tendo seus atos praticados segundo a norma

legal, opinando no sentido de se determinar à Municipalidade a promoção das medidas pertinentes, amigáveis ou judiciais, visando ao ressarcimento do Erário, em face das avaliações realizadas no âmbito do Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Em julgamento o Termo de Compromisso nº 03/99/SEMPLA - Operação Urbana Faria Lima, pleiteando a alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo do imóvel localizado na Av. Faria Lima com a Rua Lopes Neto, tendo como compromissário: Brazil Realty S/A Empreendimentos e Participações. O valor orçado da operação foi de 10.077.203,20 UFIRs.

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 essa matéria 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 conhecido 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**", de acordo com a ementa que segue:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.

1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.

2. Analisando detalhadamente o tema da "prescritibilidade de ações de ressarcimento", este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, 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.

3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.

4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: "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 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, **CONHEÇO** dos trabalhos realizados e, quanto ao mérito, **RECONHEÇO** a incidência da prescrição nos presentes autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal e, por via de consequência, deixo de apreciar o mérito dos fatos analisados nestes autos.

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.

Após as demais comunicações de praxe, **DETERMINO** o arquivamento dos autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 10/10/2023 12:50:59 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Item 6) e-TCM n. 5.163/1999

Interessadas: Secretaria de Planejamento – SEMPLA (atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento) e Brasil Realty S/A Empreendimentos e Participações

Objeto: **Proposta de Operação Urbana Faria Lima n. 86-FL. Termo de Compromisso n. 03/99/Sempla. Certidão n. 03/99/Sempla.** Implantação de edifício comercial (categoria de Uso S2/C2) em terreno localizado na Av. Faria Lima x Rua Lopes Neto – área diretamente beneficiada.

Relator: **Conselheiro João Antonio**

Revisor: **Conselheiro Designado Ricardo Torres**

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acolho a preliminar de ilegitimidade de parte dos membros do Grupo de Trabalho da Operação Urbana porque, concordando com a AJCE, tem ele caráter consultivo e opinativo, não configurando, seus membros, como ordenadores da despesa. Não acolho, de outro lado, a ilegitimidade de parte da CTLU porque, diferentemente, atuaram como ordenadores da Despesa. Não obstante, acolho o último pronunciamento da SG de que não é possível responsabilizá-los porque o TJ/SP, ao julgar inconstitucional a Lei n. 11.773/95, salvaguardou os "os direitos e obrigações decorrentes dos termos de compromisso assinados em respeito aos princípios da segurança das relações jurídicas, boa fé e enriquecimento sem causa". Além disso, o PDE (Lei n. 13.430/02), art. 304, assegurou os direitos dos Termos de Compromisso assinados consoante Leis ns. 11.773/95 e 11.732/95.

De outro lado, acompanho o Relator reconhecendo a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, nos termos da Resolução n. 10/2023, o que também faço diante das manifestações da AJCE e da SG, que absorvo como se minhas fossem, pelo que entendo, também por essa razão, não ser possível apenar os responsáveis ou

determinar a restituição ao erário de valor referente a incentivo concedido pela CTLU, com fundamento no inciso II do artigo 14 da Lei nº 11.732/95 que, segundo a SCE e a AJCE importou na outorga não onerosa de área computável adicional.

Não obstante, tendo em vista que as irregularidades apontadas pela SCE não foram afastadas, julgo irregulares a Proposta de Operação Urbana Faria Lima n. 86-FL, o Termo de Compromisso n. 03/99/Sempla e a Certidão n. 03/99/Sempla.

TCM, 22 de setembro de 2023.

ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873

Assinado de forma digital por ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873
Dados: 2023.09.22 13:44:22 -03'00'

ROBERTO BRAGUIM

Conselheiro Vice-Presidente

TPF/RB