ACO-UTR-250/2023

Processo	-	TC/001350/1996
Recorrente	-	Procuradoria da Fazenda Municipal
Objeto	-	Recurso de revisão interposto em face do V. Acórdão de 17/08/2005 – Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão (atual Secretaria Municipal de Gestão) e Capel Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outros – Proposta de Operação Urbana Faria Lima, nos termos da Lei 11.732/1995, pleiteando a alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo do imóvel localizado na Rua Arthur Ramos 327, 339 e 361, situado em Zona de Uso Z2, Categoria de Uso R3-01, Contribuinte 083.206.0054/0055/0056-1

43ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSO DE REVISÃO. PFM. SEGES. Alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo. Imóvel na Rua Arthur Ramos 327, 339 e 361. Operação Urbana Faria Lima. Decisão que acolheu parcialmente o termo de compromisso com determinação à Prefeitura para cobrança da diferença da contrapartida. 1. A preservação dos direitos já concedidos não diz respeito a valores de contrapartida e nem tem em vista convalidar atos expedidos sem a observância das normas legais em vigor. NÃO CONHECIDO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em grau de recurso, 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 e com fundamento nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria-Geral, em não conhecer do recurso de revisão interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, determinando, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 24 de maio de 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
JOÃO ANTONIO – Relator

/cv

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO Data: 21/06/2023 09:36:37 -03:00 Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 22/06/2023 11:22:10 -03:00 Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

72.001.350.96.54

EMENTA
RECURSO DE REVISÃO. PFM. SEMPLA. OPERAÇÃO URBANA FARIA LIMA. A preservação dos direitos já concedidos não diz respeito a valores de contrapartida e nem tem em vista convalidar atos expedidos sem a observância das normas legais em vigor. Inexiste interesse em recorrer do órgão fazendário, na medida em que a decisão alcançada com o Acórdão recorrido atendeu precisamente o que pleiteara em sua primeira manifestação nos autos. NÃO CONHECE do Recurso de Revisão formulado pela Procuradoria da Fazenda Municipal.

RELATÓRIO

Trata o TC 72.001.350.96.54 de análise da Certidão 005/95/SEMPLA – OPERAÇÃO URBANA FARIA LIMA, aprovando a alteração dos índices e características de uso e ocupação do solo do imóvel localizado na Rua Artur Ramos, 327, 339 e 361, tendo como interessado compromissário: [redacted] e Outros. O valor orçado da operação foi de R$ 1.020.989,10 ou 30.431,87 UFMs, referente a 19.05.1995.

A Assessoria Técnica de Engenharia elaborou o relatório de fls. 162-164, apontando que o valor do benefício econômico definido pela Origem, de US$1.614.189,50 era equivalente a 59.577,83 UFMs na data-base da avaliação (maio/94) e que o valor renegociado de R$ 1.020.989,10 passou a corresponder a 30.431,87 UFMs na data-base referente a maio/95, portanto,

a contrapartida renegociada correspondeu a 51,08% do valor atribuído ao benefício econômico do particular.

Consta à fl. 208 o Acórdão, de 30.01.2002, que produziu o seguinte julgado:

> ***ACORDÃO*** *os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, acolher parcialmente o termo de compromisso analisado, determinando à Prefeitura do Município de São Paulo que promova, mediante acordo com através de medida judicial competente, a cobrança da diferença da contrapartida apontada pela Assessoria Técnica de Engenharia desta Corte, devidamente atualizada.*

Na sequência, foram opostos os Embargos de Declaração pelo Senhor Secretário Municipal de Planejamento Urbano às fls. 209-214.

À fl. 243 consta o Acórdão, de 02.10.2002, que produziu o seguinte julgado:

> ***ACÓRDÃO*** *os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, conhecer dos Embargos de Declaração, por presentes os pressupostos de admissibilidade e, no mérito, por inexistente a contradição alegada, negar-lhes provimento, mantendo-se, na íntegra, o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.*

Na sequência, a Procuradoria da Fazenda Municipal interpôs recurso ordinário às fls. 244-250.

Às fls. 320-321 consta o Acórdão, de 17.08.2005, que produziu o seguinte julgado:

> ***ACÓRDÃO*** *os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer do recurso, por presentes os pressupostos de admissibilidade, bem assim em rejeitar, preliminarmente, a alegação de nulidade do V. Acórdão atacado, uma vez que este Tribunal decidiu os embargos declaratórios com estrito respeito aos padrões de legalidade.*
>
> ***ACÓRDÃO****, outrossim, à unanimidade, quanto ao mérito, em negar provimento ao apelo, tendo em vista que:*
>
> *1)de conformidade com relatório e voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, EURÍPEDES SALES:*
>
> *a) Conforme já apreciado e debatido no voto do Conselheiro Relator, que fundamentou o V. Acórdão de 02/10/2002, à folha 243 dos autos, o acolhimento parcial do termo de compromisso não importa na aceitação de todos os seus efeitos, mesmo porque prevalece o princípio da indisponibilidade do interesse público em relação aos interesses privados, individuais e coletivos;*
>
> *b) a eficácia executiva da r. decisão questionada está respaldada no artigo 48 da Lei Municipal 9.167/80 e no artigo 191 do Regimento Interno desta Corte, aprovado pela Resolução 03/2002, não procedendo, assim, a arguição, formulada pela recorrente, de*

inexequibilidade da determinação de pagamento do alcance verificado.

2) Nos termos do voto apresentado em separado pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA, reside irregularidade na não-atualização do valor fixado na contrapartida.

O presente julgamento teve seu trânsito em julgado em 27.10.2005.

Às fls. 334, a Procuradoria da Fazenda Municipal interpôs o Pedido de Revisão, anexando as razões recursais às fls. 335-346, requerendo seja reformada parcialmente a decisão, apenas e tão somente para excluir a determinação no sentido de que a Administração promova a cobrança de eventuais diferenças a título de contrapartida, em face do comando contido no artigo 304, da Lei 13.430/02.

A Assessoria Jurídica promoveu a análise do recurso às fls. 355-362, opinando pelo não conhecimento do recurso interposto e, caso a preliminar reste superada, no mérito concluiu pelo seu improvimento, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Secretaria Geral às fls. 364-247 acompanhou o entendimento da Assessoria Jurídica.

É o relatório

VOTO

Em julgamento o Recurso de Revisão formulado pela Procuradoria da Fazenda Municipal contra o Venerando Acórdão de fls. 320-321 que, à unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário.

De acordo com o que foi apurado pelos órgãos técnicos, este Tribunal, por unanimidade, acolheu parcialmente o termo de compromisso analisado, determinando à Prefeitura do Município de São Paulo que promovesse, mediante acordo ou através de medida judicial competente, a cobrança da diferença da contrapartida apontada pela Assessoria Técnica de Engenharia desta Corte, devidamente atualizada.

Na sequência, houve apreciação dos Embargos de Declaração e do Recurso Ordinário, sendo que nenhum deles foi capaz de modificar a decisão alcançada.

Em suas razões recursais, a PMF sustenta o cabimento do recurso, sob o argumento de ter o acórdão recorrido violado disposição literal de lei, consubstanciada no art. 304, da Lei Municipal 13.430/2002, que assegurou os direitos de Alvará de Aprovação e de Execução já concedidos, bem como os direitos de construção constantes de certidões já expedidas antes da vigência dessa lei, inclusive no que se refere aos Termos de Compromisso assinados na forma da Lei Municipal 11.732/95.

No mérito, alega que a jurisprudência deste Tribunal vem reconhecendo em casos similares que, verificada a regularidade de processamento da proposta, não há que se questionar o valor arbitrado para a respectiva contrapartida.

Aponto de início o equívoco da Recorrente ao se referir a voto vencido que inexiste no caso, tratando-se de decisão proferida por unanimidade.

Quanto à admissibilidade da pretensão recursal, há que se observar que o Recurso de Revisão se subordina aos requisitos previstos no art. 148, do Regimento Interno do Tribunal, ao dispor que as decisões terminativas e os acórdãos transitados em julgado poderão ser revistos pelo Tribunal pelo, quando:

I – fundados em erro de cálculo ou documentos falsos;
II – ocorrerem fatos novos com eficácia sobre a prova produzida;
III – violarem disposição literal de lei.

O que se verifica da peça recursal é que a Recorrente procura fundamentar suas alegações na hipótese prevista no citado inciso III, quando afirma que o acórdão recorrido estaria em dissonância com o art. 304, da Lei Municipal 13.430/2002.

Referido dispositivo teve por finalidade assegurar as características urbanísticas convertidas pelos Alvarás e Certidões decorrentes da aplicação da legislação de uso e ocupação do solo eventualmente alterada pela nova lei do Plano Diretor.

Nesse sentido, corroboro o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, à fl. 358, no sentido de que a preservação dos direitos já concedidos não diz respeito a valores de contrapartida e nem tem em vista

convalidar atos expedidos sem a observância das normas legais em vigor.

Ainda que superado esse requisito, parece inexistir interesse em recorrer do órgão fazendário, na medida em que a decisão alcançada com o Acórdão recorrido atendeu precisamente o que pleiteara em sua primeira manifestação nos autos, *in verbis*:

> "O princípio do aproveitamento dos atos jurídicos – *utile per inutile non vitiatur* – permite à Fazenda, com todo o respeito aos pareceres dos órgãos técnicos, propor o acolhimento da operação – **glosando-se contudo a diferença entre o valor recolhido e o valor efetivo da contrapartida**, como apontado por AT-Engenharia (5.837,73 UFM) determinando-se **aos particulares envolvidos na transação e identificados nos autos o recolhimento dessa diferença, por ser tal solução mais lógica e coerente com o interesse dos cofres públicos**". (fls. 190).

Como se verifica do Acórdão recorrido, a solução técnica para a glosa solicitada pela Fazenda era o acolhimento parcial da Operação Urbana, com determinação à Origem para promover a cobrança da diferença constatada.

Nesse sentido, acompanho a manifestação da Secretaria Geral de que a glosa não se compatibilizaria com o acolhimento integral da operação e a determinação do recolhimento da diferença apurada não poderia ser expedida aos particulares, mas sim à Administração, para tomar as providências necessárias.

Com a decisão alcançada nos autos, ainda que a Procuradoria da Fazenda Municipal possa figurar como representante processual institucional, nada mais teria a aspirar no presente processo uma vez não propriamente vencida ou sucumbente.

Diante de todo o exposto e com fundamento nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, **NÃO CONHEÇO** do Recurso de Revisão formulado pela Procuradoria da Fazenda Municipal.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 01/06/2023 14:30:08 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

3º JULGADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA, após vista que lhe fora concedida na 2.191ª S.O., quando votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor e EURÍPEDES SALES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer do recurso, por presentes os pressupostos de admissibilidade, bem assim em rejeitar, preliminarmente, a alegação de nulidade do V. Acórdão atacado, uma vez que este Tribunal decidiu os embargos declaratórios com estrito respeito aos padrões de legalidade.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, quanto ao mérito, em negar provimento ao apelo, tendo em vista que:

1) De conformidade com relatório e voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, EURÍPEDES SALES:

a) conforme já apreciado e debatido no voto do Conselheiro Relator, que fundamentou o V. Acórdão de 02/10/2002, à folha 243 dos autos, o acolhimento parcial do termo de compromisso não importa na aceitação de todos os seus efeitos, mesmo porque prevalece o princípio da indisponibilidade do interesse público em relação aos interesses privados, individuais e coletivos;
b) a eficácia executiva da r. decisão questionada está respaldada no artigo 48 da Lei Municipal 9.167/80 e no artigo 191 do Regimento Interno desta Corte, aprovado pela Resolução 03/2002, não procedendo, assim, a argüição, formulada pela recorrente, de inexeqüibilidade da determinação de pagamento do alcance verificado.

1) Nos termos do voto apresentado em separado pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA, reside irregularidade na não-atualização do valor fixado na contrapartida.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor,EURÍPEDES SALES e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de agosto de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Recurso ordinário interposto pela **Procuradoria da Fazenda Municipal**com fundamento no artigo 45, V, da Lei Municipal nº 9.167/80, c.c. os artigos 145, § 1º, 146, 147, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, ao v. Acórdão de 02.10.2002, que à unanimidade, na conformidade do voto do então Conselheiro Relator Antonio Carlos Caruso, rejeitou os Embargos Declaratórios opostos pela Secretaria Municipal de Planejamento Urbano – SEMPLA.

A mesma recorrente interpôs recursos idênticos, na sua forma e conteúdo, aos v. Acórdãos prolatados nos TCs 72.003.297.00-00, 72.001.132.98-45, 72.004.823.99-63, 72.001.350.96-54, aconselhando, destarte, o julgamento unificado, em atenção aos princípios da celeridade e da economicidade dos atos processuais.

O Órgão Fazendário alega, em apertada síntese, nulidade da Decisão impugnada, e, no mérito, inexistência de lesão ao Erário Público e a inexequibilidade da determinação de pagamento de alcance(fls. 184/189).

No parecer exarado às fls. 193/197, endossado pela Subchefia, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo improvimento de todos os recursos, destacando que este Eg. Tribunal tem por função constitucional a fiscalização operacional pertinente a economicidade e que a imposição reparatória estava calcada no laudo avaliatório da Auditoria, concluindo pela insuficiência da contrapartida.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, na seqüência, rebateu, sob o aspecto técnico, as criticas feitas pela recorrente, esclarecendo que os critérios avaliatórios utilizados foram baseados nos próprios editais de chamamento e seguiram os padrões convencionais, observando, ainda, que a hipótese tratada neste procedimento é de “Operação Urbana Faria Lima” e não de “Operação Interligada”, como se argumentou (fls. 200/203).

Derradeiramente, a Secretaria Geral também opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo, considerando que a matéria recursal é mera repetição dos argumentos da Origem já afastados em sede de Embargos Declaratórios.

É o relatório.

V O T O

Preliminarmente, rejeito a alegação de nulidade do v. Acórdão atacado, uma vez que este Eg. Tribunal decidiu os Embargos Declaratórios da Origem com estrito respeito aospadrões de legalidade.

Em verdade, o recurso ressente-se, nesse aspecto, da necessária clareza, de vez que não apontou, objetivamente, qualquer vício processual na Decisão prolatada, que justificasse aquela argüição.

No mérito, a Procuradoria da Fazenda Municipal se limita a repetir os surrados argumentos da Origem, oferecidos em Embargos Declaratórios, amplamente apreciados e debatidos no voto vencedor do eminente Conselheiro Relator, que fundamentou o v. Acórdão de fls. 182, contra o qual aquele Órgão ora se insurge.

Com efeito, ficou consignado, nesse douto Pronunciamento, que o acolhimento parcial do Termo de Compromisso não importou na aceitação de todos os seus efeitos, mesmo porque prevalece o princípio da indisponibilidade do interesse público em relação aos interesses privados, individuais ou coletivos.

De outro lado, a eficácia executiva da r. Decisão atacada está respaldada no art.48 da Lei Municipal n. 9167/80 e art. 191 do Regimento Interno desta Casa, aprovado pela Resolução n. 03/2002, de forma que não procede a alegação da recorrente de inexequibilidadeda determinação de pagamento do alcance verificado.

Assim, calcado nos elementos dos autos e nos pareceres emitidos, a que me reporto como parte integrante deste voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso manifestado pela Procuradoria da Fazenda Municipal.

TCM, 23 de fevereiro de 2005.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Os recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal contra o Acórdão que julgou no sentido da improcedência dos recursos de embargos de declaração requerem a reforma parcial das decisões, para supressão da ordem de pagamento de alcance, alegando em síntese: nulidade da decisão, que reconheceu a legalidade da atuação administrativa e determinou a adoção de medidas para a cobrança da diferença de contrapartida apontada pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal sem embasamento jurídico, uma vez que não foi apontada nenhuma norma que tenha sido violada na fixação dessa contrapartida, já que o único limite fixado na lei é a exigência da apresentação, pelo proponente, de um laudo de avaliação idôneo.

Alega ainda que as considerações unilaterais dos Órgãos Técnicos não decorrem de disposições legais, razão pela qual não sustentam a exigência de desembolso pelo particular, não existindo medida possível de ser adotada pela Administração Pública. Não obstante, caso aplicada, causará insegurança sobre atos regularmente praticados, já que inexistem critérios legais para se chegar ao montante da contrapartida decorrente da valorização do terreno, não podendo o critério eleito por este Tribunal prevalecer sobre o adotado pela Administração.

Reafirma a Procuradoria que a lei apenas fixa um valor mínimo a ser

observado, sendo a valoração do imóvel hipotética e estimativa, e que a mera divergência interpretativa não significa erro na atuação administrativa, não existindo assim lesão a ser reparada, resultando, de tudo, a inexequibilidade da determinação de pagamento de alcance sem respaldo legal e sem força coercitiva, na medida em que os empreendimentos imobiliários, já concluídos por força de "habite-se" legalmente expedido, teriam que ser demolidos sem que tivessem afrontado qualquer legislação vigente.

Deixo primeiramente consignado meu entendimento no sentido de não vislumbrar óbices em proferir julgamento nestes processos, uma vez que cabia à EMURB - empresa que presidi, unicamente, administrar as contas vinculadas às Operações Urbanas, de forma a utilizar os valores depositados pelos beneficiários exclusivamente em investimentos relacionados com o Programa de Obras das referidas Operações, sendo também responsável pela emissão de Termo de Quitação necessário à comprovação do cumprimento das obrigaçõesassumidas pelo beneficiário.

Feito o registro, cumpre afirmar que eventuais irregularidades detectadas em cada Operação Urbana pelos órgãos técnicos desta Corte dizem respeito à fase inicial de adequação dos projetos ao ponto de vista urbanístico visado pelas Leis 11.732/95 e 11.774/95, bem como às demais exigências da legislação de uso e ocupação do solo e da Lei 11.228/92, além do critério de fixação da contrapartida financeira, fase esta da competência exclusiva de

CNLU, não se confundindo com a fase final, de aplicação dos recursos administrados pelaEMURB.

As propostas de participação na correspondente Operação Urbana tramitaram originariamente no âmbito de SEMPLA, sendo da competência da CNLU deliberar tecnicamente sobre as mesmas, de forma a confrontar sua adequação aos aspectos urbanísticos almejados pela legislação específica, aprovando índices e características de uso e ocupação do solo para cada uma das propostas de inclusão na Operação, fixando o valor da contrapartida financeira.

A CNLU, tal como criada pela Lei 10.676/88, que aprovou o Plano Diretor do Município, era, nos termos daquele diploma, o órgão colegiado a quem competia com exclusividade a análise e aprovação dos projetos de participação, sendo deliberadas por seu Plenário todas as questões relativas aos aspectos de análise urbanística e da contrapartida negociada.

Aos demais órgãos do Poder Executivo Municipal restavam as ações tendentes a dar efetividade à decisão tomada pela CNLU, tais como, a elaboração de Termos de Compromisso e de Quitação, emissão de Certidões etc.

Uma análise acurada das situações abordadas nos Tc´s objetos dos recursos demonstra que existem especificidades que reclamam tratamento diferenciado, embora a decisão atacada nesta fase recursal tenha agrupado aqueles feitos, dando-lhes tratamento análogo.

De forma genérica, o que se verifica nos processos ora em julgamento são irregularidades de várias ordens apontadas pelos órgãos técnicos, ora em decorrência de divergências quanto ao critério adotado para cálculo da contrapartida financeira pelos benefícios urbanísticos concedidos, consistentes na viabilização de empreendimentos excepcionando regras gerais de limitação de potencial construtivo; ora em face de discussões acerca de eventual redução do valor da contrapartida em UFM, nos casos renegociados de interessados que migraram de Operações Interligadas para a Operação Urbana Faria Lima, em relação aos quaisos órgãos técnicos entenderam que somente um novo laudo de avaliação poderia determinar o real valor do benefício econômico, considerando-se o preço atualizado de mercado do imóvel na região; ora discutindo metodologia de cálculo de avaliação, e, por fim, apontando irregularidade atinente à concessão de vantagens urbanísticas que extrapolariam os termos da lei.

O inconformismo da Fazenda situa-se preponderantemente em aspecto já afastado por ocasião do julgamento dos embargos, qual seja, a existência de contradição no reconhecimento da legalidade da atuação administrativa e ao mesmo tempo a determinação para cobrança dos valores apontados com base em avaliação que utilizou critério diferenciado. Entendeu esta Corte, ao julgar os embargos, que nada impede o reconhecimento da legalidade com a determinação da adoção de providências necessárias à satisfação do interesse público.

Os demais aspectos decorrem desse principal, o que nos remete à seguinte indagação: se a atuação foi considerada regular, o que respaldaria a cobrança da diferença apontada na contrapartida igualmente realizada com base na lei? Qual método atenderia melhor ao interesse público?

Nesta medida vale consignar que, de fato, via de regra, o reconhecimento de que determinado procedimento se deu regularmente não afasta a possibilidade de o órgão julgador determinar a adoção de providências que entender necessárias para o alcance do interesse público. Não obstante, o conteúdo da determinação deve guardar pertinência com ofundamento da decisão.

No caso específico, o reconhecimento da regularidade do procedimento, “data vênia”, parece incompatível com a determinação de restabelecimento de dano ao erário, uma vez que uma atuação correta do ponto de vista procedimental, ou seja, de acordo com os parâmetros dados pela lei, não deveria resultar em prejuízo aos cofres públicos.

Na verdade, parece que pretendeu a decisão esclarecer que em face da ausência de má fé dos agentes não seria viável responsabilizá-los. No entanto, isso não torna regular o procedimento, sobretudo, quando se conclui que dele resultou dano ao erário.

Reconhecida a regularidade dos atos praticados, ou seja, que se deram de acordo com os ditames legais, é de se averiguar o fundamento da determinação de cobrança dos valores apurados a menor.

A definição do valor de venda do potencial construtivo adicional é questão tormentosa. Doutrinariamente, independente do critério adotado e de ser área direta ou indiretamente beneficiada na Operação Urbana, o ideal seria que este fosse estabelecido de forma clara e objetiva na lei, não deixando margem à possibilidade de negociações caso a caso.

Todavia, não é o que se percebe dos termos com que a Lei da Operação Urbana Faria Lima foi aprovada à época, posto que são omissos quanto à definição objetiva de critério para cálculo da contrapartida nas áreas indiretamente beneficiadas, razão pela qual o cálculo dependia de laudo de avaliação prévia. Salientamos que para determinadas áreas denominadas como diretamente beneficiadas existiam critérios definidos, como se vê da tabela do Anexo II da Lei 11.732/95, relativamente à Operação Urbana Faria Lima, estabelecendo parâmetros de equivalência ao CEPAC, o que reduzia nestes casos a ocorrência de subjetivismo na atribuição do valor final da contrapartida.

Não definido objetivamente o critério legal, este, por questão de prudência, deveria ser utilizado com cautela redobrada por seus aplicadores, principalmente na Operação Urbana Faria Lima, levando-se em consideração o fato de a Operação ocorrer em área onde já existia um grande interesse do mercado imobiliário, que se via confrontado com limitações impostas pela legislação de zoneamento. Desta forma, do ponto de vista econômico, as parcerias almejadas foram desde seu início muito atrativas aos empreendedores, exigindo uma atuação criteriosa e austera por parte dos servidores responsáveis pela análise e emissão dos pareceres técnicos, bem como pelos detentores do poder decisório, no caso, membros da CNLU.

Assim sendo, ainda que a Lei 11.732/95 seja omissa quanto à definição de parâmetros objetivos para definição do valor do benefício em áreas indiretamente beneficiadas, não se pode com isso admitir que a CNLU poderia atuar sem respeito às diretrizes inerentes ao trato com a coisa pública, balizado pelos princípios constitucionais que orientam a atuação dos agentes públicos. Nesta seara, vale aqui citar, em especial, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economicidade, da motivação e o da própria legalidade que, no âmbito da administração pública, só permite atuar conforme os ditames da lei. O ordenamento jurídico, como ensina a melhor doutrina, contém sempre um campo mínimo de ação, onde se insere o interesse público a ser tutelado.

Pois bem, de fato, as leis das Operações Urbanas remeteram, em certas áreas ou perímetros, ao Administrador a fixação dos valores de contrapartida, sendo que somente para algumas estabeleciam parâmetros mínimos a serem observados, pelo que podemos concluir que no exercício dessa competência estará a Administração atuando dentro do campo da discricionariedade administrativa. Sabemos, por extensa literatura jurídica e por decisões jurisdicionais, que essa atuação está condicionada aos limites da lei, devendo-se observar os princípios que a regem, estando sempre submetida ao cumprimento de certos interesses públicos. A atuação discricionária tem, portanto, a exemplo de qualquer competência conferida pela lei, caráter meramente instrumental.

Diz o Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello que nesses casos deve o

Administrador buscar a solução ótima dentre todas as possíveis, de modo a alcançar o desideratonormativo. A legitimidade dessa opção só poderá ser verificada diante do caso concreto, sendo legítima a adotada dentro de um campo de discussão onde ninguém poderia afirmar de modo indiscutível qual seria a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável.(Curso de Direito Administrativo – 15ª edição, Malheiros - p.399).

Bem se vê, portanto, que estamos diante do impasse de procedimentos realizados no exercício de uma atuação administrativa considerada legal por esta Corte, não obstante subjacente uma aparente lesividade, na medida em que outro critério utilizado pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal leva a valores diferenciados que, segundo entendimento dos mesmos, melhor atenderiam ao interesse público.

Como anteriormente afirmado as Operações Urbanas têm por objetivo o fomento, incentivando a iniciativa privada a investir em empreendimentos em determinadas regiões, mediante concessões feitas pelo Poder Público com exceções à lei geral de uso e ocupação do solo, visando o desenvolvimento da área respectiva.

Assim, deve a análise dos processos que envolvem Operações dessa natureza levar em consideração as diretrizes fixadas pela lei, a serem alcançadas em cada empreendimento, considerando suas específicas características.

Peço vênia para me deter na questão relativa à avaliação do imóvel de forma genérica, em face de sua complexidade e importância para o deslinde da questão tratada.

O valor atualizado do imóvel beneficiado por concessões urbanísticas é fator fundamental, e, na busca de seu alcance com certo grau de segurança, a ABNT e a Engenharia de Avaliações desenvolveram métodos investigativos, sendo os mais utilizados o método comparativo, o método involutivo ou residual e o método de custo.

Além desses, podemos identificar o método do terreno virtual, que parte da hipótese de que o proprietário do terreno a ser beneficiado teria a possibilidade de adquirir um terreno vizinho ao seu com uma metragem quadrada suficiente para ampliar a área construída do empreendimento até o limite maior desejado. Trata-se, portanto, de um “terreno virtual”, que, por ser abstrato, não poderia, para efeito de avaliação, ser considerado com o mesmo valor deum terreno real.

Pois bem, no caso das Operações Urbanas, o método comparativo pode ser considerado o mais adequado para a obtenção do valor atualizado inicial da propriedade, antesde outorga de direitos urbanísticos adicionais.

Todavia, o mesmo não se dá com relação ao novo valor do imóvel após a concessão das exceções decorrentes das leis de Operações Urbanas, porque, em muitas situações, tais concessões tornam aquele específico imóvel sem parâmetros de equivalência, a exemplo do que ocorre com um terreno situado em zona de uso residencial ao qual tenham sido concedidos o uso comercial e de serviços à luz da

respectiva lei de Operação Urbana, já que tal fato não o transformará ou transportará para outra zona de uso, mas permanecerá na zona de origem, mantendo suas dimensões primitivas e suas características de ocupação do solo.

Nestas circunstâncias, o critério de "terreno virtual" não guarda qualquer pertinência em relação aos demais métodos, na medida em que fará surgir uma situação que não manterá identidade com quaisquer outras zonas de uso.

Já com relação ao percentual da contrapartida, cumpre esclarecer que o laudo de avaliação realizado através de métodos usuais atribuirá valores diferentes para o terreno, antes e após a concessão das exceções, sendo a diferença entre ambos que definirá o "benefício", que será referência para o estabelecimento da contrapartida, a qual tem se mantido no percentual de 60 a 70%, a despeito da omissão na Lei da Operação Urbana Faria Lima.

Pois bem, contrapartidas fixadas decorrem de laudos cujos critérios foram avaliados por SEMPLA, dos quais diverge a Assessoria Técnica de Engenharia desta Corte de Contas, que entendeu não serem os critérios utilizados os mais adequados.

Situada a visão geral que se refere a todas as Operações Urbanas, destaco que as propostas ora em análise migraram da Operação Interligada, tendo sofrido influências daquela, à exemplo dos métodos utilizados para a avaliação do benefício econômico, já que a Lei das Operações Interligadas (Lei nº 10.209/86) disciplinou em seu ANEXO XI a fórmula de determinação desse valor, fazendo referência às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e às normas do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia – IBAPE e às especificações técnicas próprias para a Operação Interligada aprovadas pela Resolução SEMPLA/CNLU 57/94.

Em relação à questão da divergência referente à eleição dos critérios de avaliação, há que se constatar, ainda, que se trata de situação complexa, na medida em que a fixação das contrapartidas não desbordou das disposições legais, e o legislador deixou margem para o Administrador avaliar em cada caso concreto qual seria o valor mais adequado, ou o melhor valor, envolvendo tal discussão uma ampla gama de variantes, inclusive o interesse público revelado na implementação da Operação.

Se podemos afirmar que a atuação da Comissão não divergiu da orientação legal, e de fato, entendemos plenamente possível tal conclusão, e mesmo na medida em que podemos constatar falhas nas leis, que deveriam ter estabelecido de forma objetiva os métodos a serem utilizados pela CNLU, não parece viável afirmar que os valores por ela aprovados são incorretos, destituídos de razoabilidade ou não atendam ao interesse público, consubstanciado na finalidade da lei. Tampouco podemos concluir de forma categórica que os critérios apontados pela AT-Engenharia sejam desarrazoados.

Contudo, cumpre destacar que o método do terreno virtual, apontado por aquela Especializada como o mais adequado, está previsto exclusivamente na Lei das Operações Interligadas, não sendo indicada sua utilização pelos dispositivos da Lei da Operação Urbana Faria Lima.

Fato é que a exposição feita neste voto demonstra que somente a constatação de inequívoca má-fé ou erro grosseiro poderia dar ensejo a determinação de tal jaez. Jamais a existência de entendimentos divergentes entre Órgãos Técnicos sobre critérios que a lei deixoude fixar com exatidão e objetividade.

Já com relação à Operação Urbana Água Branca, cumpre destacar, porque decorrente de lei própria (Lei nº 11.774/95), os apontamentos específicos, residindo o principal aspecto no critério adotado pela CNLU para o cálculo do potencial construtivo em face da ausência de parâmetros legais definidos previamente, sobretudo no que se refere à integração ou não de área adicional originária de áreas de recuo.

A lei da Operação Urbana Água Branca, além das exceções urbanísticas necessárias para a realização da Operação, também autorizou a regularização de construções, visando a promoção do desenvolvimento urbano e melhoria da qualidade de vida dos moradores da área, com aperfeiçoamento da infra-estrutura e de qualidade ambiental, envolvendo reduzida participação de recursos públicos.

Como conteúdo das propostas, permitiu a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como modificações de normas edilícias, e também regularização de construções, reformas ou ampliações executadasem desacordo com a legislação vigente e concluídas até a data da publicação da lei.

Assim, nesta específica Operação Urbana, surgiu o questionamento das áreas técnicas acerca da possibilidade da concessão de exceções ao Código de Obras por essa via, e ainda que admitida a possibilidade, restou o posicionamento pela irregularidade dos valores encontrados diante da ocupação dos recuos.

Todavia, consideramos que a diferença apontada pela AT-Engenharia não existe. As áreas do recuo incorporadas à edificação ficam absorvidas pelo potencial construtivo epassam a integrar o patrimônio do proprietário por acessão (CC, art.1248), de modo que o direito originário de construir soma-se ao direito adicional adquirido, resultante do aumento do coeficiente de aproveitamento e da taxa de ocupação. Assim, o benefício auferido com o direito adicional de construção é pressuposto lógico da exigência da contrapartida prevista pela lei.

Quanto ao questionamento relacionado à impossibilidade da alteração de disposições do Código de Obras, ponderamos que a lei que instituiu a Operação Urbana Água Branca dispôs no inciso I do artigo 6º, que o conteúdo das propostas de modificações abrangeriam *"a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como modificações de normas edilícias"*. (grifo nosso).

Por sua vez, a Lei 11.228/92, que dispõe sobre regras gerais e específicas para obras e edificações, estabelece em seu artigo 12 que *" os projetos para as áreas sob intervenção urbanística promovida pelo Poder Público, bem como os programas habitacionais de interesse social, poderão ser objeto de normas técnicas especiais diversas das adotadas por esta Lei e apropriadas à finalidade do empreendimento e fixadas por ato do Executivo"*.

Mais especificamente, dispõe a mesma lei em relação às áreas cobertas destinadas ao abrigo das atividades humanas ou qualquer instalação, equipamento e material, ao estabelecer os recuos no item 10.1.1., que *"o disposto neste item não se aplicará às edificações situadas em áreas sujeitas a diretrizes urbanísticas próprias ou operações urbanas, para as quais haja expressa dispensa da observância dos recuos previstos pela LPUOS"*.

Assim, também este questionamento há que ser afastado.

Por fim, assinalo que a situação do TC nº 1.350.96.54 não se assemelha às demais, residindo a irregularidade na não atualização do valor fixado da contrapartida.

O valor encontrado pela CNLU em agosto de 1994 foi transformado em valor correspondente em dólar e em maio de 1995 houve mera retificação, eis que o correspondente em UFM havia constado erroneamente.

Todavia, cerca de 10 meses após a fixação do valor da contrapartida, o interessado requereu e obteve deferimento pela CNLU da manutenção do valor fixado em reais, sem a devida correção pelo valor atualizado da UFM. Aquela Comissão considerou viável o pleito diante da situação de mercado tumultuada e o tempo decorrido, como se constata das justificativas lançadas na Informação nº 145/95/SEMPLA.AP.

Embora a decisão tenha sido devidamente motivada, nesta situação não há como acatá-la, eis que, inquestionavelmente, apenas a elaboração de novo laudo refletiria o valor de mercado naquele momento, até mesmo levando-se em conta os próprios argumentos relacionados à flutuação e instabilidade desse mesmo mercado, utilizados para o deferimento e manutenção do valor original em reais.

Frente ao exposto, meu voto é pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, com relação ao TC´s. nºs 1.132.98.45, 2.497.96.06, 3.297.00.00 e 4.823.99.63 pelo provimento parcial, reformando o v. acórdão, para excluir a determinação para que a Administração adote providências no sentido de cobrar as diferenças dos valores apontados; e pelo improvimento do recurso relacionado ao TC nº 1.350.96.54.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 17 de agosto de 2005.

MAURICIO FARIA
Conselheiro

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso - embargosde declaração -, dos quais é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, conhecer dos embargos de declaração, por presentes os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, por inexistente a contradição alegada, negar-lhes provimento, mantendo-se, na íntegra, osVenerandos Acórdãos recorridos, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Revisor, MARIANA P. A. Q. BARBOSA e DJALMA DONATO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de outubro de 2002.

EDSON SIMÕES
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Secretário Municipal de Planejamento Urbano, com fulcro nos art. 42 e 45, inciso I e 46, da L.M. 9.167 de 03/12/80, contra o V. Acórdão pelo qual o Egrégio Plenário, à unanimidade, decidiu acolher parcialmente o Termo de Compromisso e determinou que a Municipalidade deverá promover,mediante acordo ou medida judicial, a cobrança da diferença da contrapartida, em face dasavaliações realizadas no âmbito desta Corte.

Alegou o recorrente a existência de contradição no Acórdão, pois, embora considerada irreparável a atuação administrativa, determinou-se a complementação do valor da contrapartida.

Para a Assessoria Técnica Jurídica, a contradição apontada não se verifica, uma vez que a decisão pela regularidade formal do procedimento não impede a determinação de providências necessárias ao interesse público.

O Sr. Procurador da Fazenda Municipal concluiu pelo conhecimento e provimento dos embargos.

Por fim, o Sr. Secretário-Diretor Geral entendeu inexistir contradição no julgado e propôs a rejeição do apelo, trazendo, em reforço de tese, as conclusões do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade da Lei Municipal 11.773/95, referente às Operações Interligadas.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Conheço do recurso, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

No mérito, na esteira das manifestações dos Assessores da AT-Jurídica e do Sr. Secretário-Diretor Geral, julgo inexistir a contradição argüida.

Embora os Termos de Compromisso sob análise tenham sido acolhidos em parte, observo que o Poder Judiciário e a doutrina pátria têm aceitado os efeitos concretos já produzidos, mesmo se totalmente inválido o ato, tendo em vista a **segurança jurídica**, entendidacomo princípio da boa-fé dos administrados.

A segurança jurídica e aceitação dos efeitos, entretanto, não são absolutas.
Por óbvio só se colocam quando inexiste má-fé ou dano ao erário.

O prejuízo à Municipalidade é elemento limitativo da adoção do referido princípio em sua integralidade.

Com efeito, o acolhimento parcial do Termo de Compromisso não implica aceitação de TODOS os seus efeitos, isto porque existe o princípio da **indisponibilidade do interesse público** que deve prevalecer sobre os demais. Daí a determinação do Colegiado para a Origem providenciar a reparação do dano patrimonial verificado pela Assessoria Técnica de Engenharia, mediante acordo ou medida judicial.

Este Tribunal já decidiu inúmeras vezes, demonstrando o mesmo entendimento, inclusive no recente julgamento dos Embargos de Declaração opostos contra o Acórdão prolatado nos autos do TC 250.96-74.

Pelo exposto, conheço dos Embargos e nego-lhes provimento, por inexistentea contradição alegada, mantendo-se a decisão recorrida.

São Paulo, 02 de outubro de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos processos TC 1.350.96-54,incluídos em pauta, na 2.014ª S.O., pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator, nos termos do parágrafo 2º do artigo 99 do Regimento Interno desta Corte. Referidos autos foram devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES, após vista que lhe fora concedida, na mencionada sessão, quando votaram os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator e MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN - Revisora.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, acolher parcialmenteo termo de compromisso analisado, determinando à Prefeitura do Município de São Paulo que promova, mediante acordo ou através de medida judicial competente, a cobrança da diferença da contrapartida apontada pela Assessoria Técnica de Engenharia desta Corte, devidamente atualizadas.

Participaram do julgamento os Conselheiros MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN - Revisora, EURÍPEDES SALES e MARIANA P. A. Q. BARBOSA.

Presente, nesta sessão, o Conselheiro EDSON SIMÕES, sem direito a voto, nos termos do artigo 35, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de janeiro de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente e Relator

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.001.350.96-54

Operação Urbana Faria Lima – contrapartida – contrato bilateral e comutativo – efeitos concretos a serem preservados – acolhido parcialmente o termo de compromisso – com determinação à Prefeitura para cobrança da diferença da contrapartida – conhecidos os embargos de declaração e no mérito negado provimento – recurso PFM – conhecido e rejeitada a preliminar de alegação de nulidade do acórdão atacado – negado provimento ao apelo – v. tb. TCs. nºs. 1.132.98*45, 2.497.96*06, 3.297.00*00, 4.823.99*63

RELATÓRIO

Egrégio Plenário

Trata-se do exame de Termos de Compromissos celebrados entre a Prefeitura do Município de São Paulo e diversos compromissários, objetivando a implementação de Propostas de Operação Urbana Faria Lima, Centro e Água Branca, nos termos das legislações específicas que regem a matéria. As Operações Urbanas sob enfoque são coordenadas pela Prefeitura, por intermédio da Empresa Municipal de Urbanização - EMURB, abrangendo as áreas contidas e delimitadas na região da Avenida Faria Lima, da Água Branca e Centro.

Têm como objetivos específicos, dentre outros:

1. A criação de condições efetivas para que os investidores e proprietários de imóveis beneficiados na implantação de melhoramentos forneçam os recursos necessários à sua viabilização, sem qualquer ônus para a Municipalidade.

2. A melhoria da qualidade de vida de seus atuais e futuros moradores, inclusive de habitação subnormal, e de usuários, promovendo a valorização da paisagem urbana e a melhoria da infra-estrutura e da qualidade ambiental.

3. O incentivo do melhor aproveitamento dos imóveis, em particular dos não construídos ou subutilizados.

4. A ampliação e articulação dos espaços de uso público, em especial os arborizados e destinados à circulação e bem-estar dos pedestres.

São estabelecidas, ainda, diretrizes de melhorias urbanísticas nas regiõesabrangidas pelas operações urbanas.

Os interessados no programa de melhorias podem apresentar propostas de empreendimentos solicitando:

- a outorga onerosa de potencial adicional de construção;
- alterações dos usos e parâmetros urbanísticos estabelecidos na legislação;
- a anexação de área remanescente de desapropriação;
- a cessão do espaço aéreo ou subterrâneo.

Essas propostas são submetidas à Secretaria Municipal de Planejamento, e, após análises, são encaminhadas para aprovação da Comissão Normativa de Legislação Urbanística - CNLU.

Como contrapartida aos benefícios concedidos, os compromissários devem repassar recursos para a Prefeitura, que serão destinados ao custeio das obras e melhoramentos nas áreas de abrangências das Operações Urbanas.

Caberá à Empresa Municipal de Urbanização - EMURB, estabelecer o Plano de Prioridades para a implantação do Programa de Investimentos, em função dos recursosrepassados para sua realização e do qual o valor correspondente a 10% (dez por cento) do total das aplicações deverá sempre ser destinado à construção de habitações de interesse social e à urbanização de favelas, em conta vinculada a esse fim.

As áreas contidas no perímetro definido e delimitado como de abrangência das operações urbanas Faria Lima classificam-se em duas categorias, para efeito de definição do valor a ser pago à PMSP como contrapartida:

- áreas indiretamente beneficiadas;
- áreas diretamente beneficiadas.

Nas áreas indiretamente beneficiadas, o valor do benefício econômico obtido pelo interessado, com as exceções concedidas, é determinado a partir do Laudo Avaliativo apresentado pelo interessado e analisado pela SEMPLA. Com a definição do valor do benefício, negocia-se entre as partes o valor a ser pago como contrapartida.

Nas áreas diretamente beneficiadas, o valor da contrapartida pode ser calculado com base em um “valor básico de equivalência”, aplicado em função das relações constantes nos anexos das Leis de Operações Urbanas. Nesses casos, o cálculo da contrapartida éautomático.

O Departamento de Auditoria manifestou-se pela regularidade dos Termos de Compromissos, ressalvando, tão-somente, em relação aos TCs 2.469.99-05 e 4.823.99-63, que a Origem não obedeceu ao prazo estipulado nas Instruções 01/97, relativamente à remessa da documentação a este Tribunal.

As Assessorias Técnicas de Engenharia e Jurídica, a Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria-Diretoria Geral propugnaram pela regularidade das Operações Urbanas analisadas nos TCs 1.197.97-00, 7.187.99-30, 476.01-96, 1.779.01-53 e 1.827.01-02.

Quanto ao Termo analisado no TC 1.827.01-02, destacou, a Assessoria Técnica de Engenharia, ter ocorrido divergência da área do lote utilizada para o cálculo da contrapartida das áreas lançadas nas Notificações/Recibos dos IPTUs, decorrente de erro de lançamento a menor para o lote SQL n° 299.022.059-7, cujo lançamento deveria ser retificado conforme escritura de fls. 109v° dos autos e cópia de matrícula do 4° Cartório de Registro de Imóveis encartada às fls. 111, sob nº 69.087.

Relativamente aos TCs 2.469.99-05 e 3.297.00-00 e 1.200.97-12, a Assessoria Técnica de Engenharia constatou que as outorgas das dispensas de recuos de frente em subsolo extrapolaram o permitido pela legislação da Operação Urbana.

Ocorreu, também, em relação ao TC 3.297.00-00, a extrapolação referente à ocupação de parte de recuo de fundo, apresentando o valor da contrapartida, diferença a menor de R$ 14.073,75 (catorze mil, setenta e três reais e setenta e cinco centavos).

A Assessoria Jurídica opinou pela irregularidade das Operações Urbanas em apreço, uma vez que os benefícios a serem usufruídos pelos proprietários dos imóveis contidos nas áreas diretamente beneficiadas estão enumerados taxativamente nos artigos 14 e 15 da lei 11.732/95, não cabendo à CNLU, em qualquer hipótese, autorizar benefícios não expressamente permitidos por essa mesma lei, e, ainda, por ter sido a contrapartida calculada de forma a não se assegurar o perfeito atendimento e equilíbrio dos interesses públicos e privados envolvidos.

Intimadas, as partes apresentaram suas defesas, que, analisadas pelos órgãos técnicos não foram suficientes para alterar suas conclusões inicialmente alcançadas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, ressaltando que seu corpo técnico não é versado em engenharia de avaliações, concluiu pela irregularidade das Operações Urbanas sob exame, tendo em vista que à CNLU não competia dispensar a observância dos recuos, deixando de manifestar-se acerca das avaliações procedidas.

Quanto ao TC 5.142.00-37, a Assessoria Técnica de Engenharia concluiu que:

1. A ocupação dos recuos contrariou parecer do Grupo Técnico da Operação Urbana e não estaria prevista no Código de Obras e Edificações.

2. Utilização indevida do benefício previsto no inciso II do art. 1º do Decreto n° 37.105/97, que regulamentou a Lei Municipal n° 11.536/94 (Legislação que concede incentivos à implantação e

manutenção de teatros no Município de São Paulo).

3. O valor do benefício econômico foi calculado equivocadamente, por utilização de benefício indevido (legislação de teatros) e por metodologia que não capta integralmente a valorização do imóvel, sendo que o percentual de fixação da contrapartida deveria ter sido de 80% (oitenta por cento) ao invés de 70% (setenta por cento) do benefício concedido.

Intimadas, as partes apresentaram defesa, sendo que a empresa compromissária contestou as conclusões alcançadas pela Assessoria Técnica de Engenharia no sentido de que:

1. Não foi contrariado o parecer do Grupo Técnico de Operação Urbana, haja vista que o projeto, após cumprimento das solicitações deadaptações dos órgãos técnicos, passou pelo rigoroso crivo de ambos os órgãos preservacionistas, o CONDEPHAAT e o CONPRESP, e a Comissão Executiva deliberou a observância do recuo de frente, reservando uma área livre, ajardinada descoberta, projetada no pavimento térreo, junto à linha de divisa com o Teatro Oficina, como condição de aprovação da solicitação pela Comissão, concluindo não haver conflito entre a volumetria da edificação proposta e a da edificação tombada, no caso o Teatro Oficina.

2. Quanto à utilização indevida de benefício do Decreto n° 37.105/97, o tema de aplicação da Lei de Operação Urbana com a Lei de Teatros foi soberanamente decidido e resolvido pela SEMPLA.CNLU, que baixou a Resolução SEMPLA.CNLU/119/99 definindo que os benefícios da Lei 12.349/97 (Operação Urbana Centro) aplicar-se-ão exclusivamente para as áreas destinadas aos cinemas, e, para as áreas destinadas ao teatro, serão utilizados exclusivamente os incentivos da Lei 11.536/94 (Lei de Teatros).

Ressaltou o compromissário que, por força da Lei Municipal 9.841/85, a competência para expedição de normas relativas a dúvidas urbanísticas e jurídicas na interpretação e aplicação dos dispositivos da legislação de uso e ocupação do solo é da SEMPLA.CNLU.

3. Com relação ao valor do benefício econômico, alega que foi adotado pelo órgão técnico deste Tribunal o mesmo valor unitário de terreno e as mesmas metodologias acolhidas pelo Grupo Técnico, utilizando, contudo, taxa de ocupação de 80,60% ao invés de 50%, fixando o valor da contrapartida em 80%, desconsiderando, sem qualquer motivação ou fundamentação, o percentual de 70% definido pelo Grupo Técnico.

Finalizou, o defendente, esclarecendo que efetuou o pagamento da contrapartida, comprometendo-se a promover a recuperação ambiental, manutenção das áreas de uso público da Rua Jaceguai e dos baixos do Viaduto Júlio de Mesquita Filho, demarcadas pela EMURB.

A Assessoria Técnica Jurídica, que, preliminarmente, entendera pela irregularidade da Operação Urbana sob análise, após a defesa apresentada pela empresa

Compromissária, posicionou-se no sentido de que não ocorreu discrepância entre os posicionamentos da CNLU e as prerrogativas legais que lhe foram conferidas, e também pelo fato de a AT-Engenharia ter discordado do percentual de 70% (setenta por cento) para pagamento da contrapartida, sem, contudo, justificá-lo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal assim se manifestou:

> "... salta aos olhos no processo a existência de interesse público com a construção do "shopping center" em área altamente degradada o que trará valorização não só aos imóveis do entorno como também ao próprio local, criando um novo pólo de comércio e prestação de serviços, com evidente repercussão nos impostos e taxas arrecadados pelo Município."

Concluiu, pois, pelo acolhimento parcial da operação com a condenação do particular no pagamento da diferença apurada.

No que tange aos TCs 1.132.98-45, 2.497.96-06, 4.823.99-63 e 1.350.96-54,
a Assessoria de Engenharia entendeu que o valor do benefício foi subestimado, estando incompatível com a área adicional de construção deferida e conseqüente valorização do imóvel. O valor do benefício que deveria ser adotado seria o do terreno virtual, conforme sugerido pela equipe de avaliação de SEMPLA. Constatou, ainda, no caso do TC 1.132.98-45, que a permissão do aumento da taxa de ocupação de 50% (cinqüenta por cento) para 70% (setenta por cento) contrariou o ordenamento legal.

Finalmente, com relação ao TC 4.823.99-63, a Assessoria Técnica de Engenharia, ainda, entendeu que na Certidão SEMPLA deveria constar, expressa e taxativamente, que as modificações dos índices e características de uso e ocupação de solo e do Código de Obras e Edificações concedidos são válidas apenas para efeito de aprovação da reforma proposta para o empreendimento, não se constituindo em direito adquirido sobre o terreno.

A Assessoria Técnica Jurídica opinou pelo não-acolhimento das Operações Urbanas em apreço, entendendo que, a exemplo do que ocorre nas Operações Interligadas, o teor do artigo 5º da Lei nº 11.773/95, com vista a assegurar o perfeito atendimento e o equilíbrio dos interesses públicos e privado envolvidos, é necessário que a avaliação a cargo da CNLU se paute pela escolha das técnicas e critérios que atinjam esse equilíbrio, sob pena de inobservância aos princípios da finalidade e da justa distribuição dos benefícios e ônus advindos da atuação urbana.

Manifestou-se a Origem acerca das constatações dos órgãos técnicos, porém estes mantiveram suas conclusões iniciais.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em face do indeferimento de sua solicitação para que fossem intimados os compromissários (TCs 1.132.98-45 e 4.823.99-63), requereu o recebimento de sua manifestação como AGRAVO RETIDO, para

conhecimento preliminar pela Corte. Propôs a verificação do custo da obra para aferição do valor da contrapartida paga e se a mesma atendeu os ditames dos artigos 4º e 5º da Lei nº 11.732/95. Quanto ao percentual construtivo outorgado, reportou-se aos esclarecimentos prestados pela SEMPLA como razões técnicas que presidiram o aumento da taxa de ocupação de 50% para 70% e a permissão do uso diversificado residencial, comercial e de serviços.

A Secretaria-Diretoria Geral propugnou que, sob o aspecto formal, a atuação da Origem não mereceu reparos, em face da inexistência de dolo ou culpa, entendendo que a Municipalidade é quem deverá promover medidas cabíveis à condução do saneamento das impropriedades apontadas pelos órgãos técnicos deste Tribunal, opinando, desta feita, pelo acolhimento parcial dos Termos de Compromissos, com determinação à Prefeitura do Município de São Paulo para que proceda, amigavelmente ou através de via judicial, à cobrança das diferenças das contrapartidas apontadas, calculadas segundo os parâmetros da legislação que regula a espécie.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

À vista das manifestações técnicas favoráveis ao acolhimento dos Termos de Compromissos tratados nos TCs 1.197.97-00, 7.187.99-30, 476.01-96, 1.779.01-53, 1.827.01-
02, 2.469.99-05 e 1.200.97-12, julgo-os regulares.

Quanto ao fato de a Origem não ter observado o prazo estabelecido nas Instruções 01/97, para encaminhamento da documentação relativa aos ajustes analisados nos TCs 2.469.99-05 e 4.823.99-63, ausente a má-fé, bem como qualquer dano ao Erário, deixo de aplicar penalidade, por tratar-se de falha de natureza formal.

No que tange ao constatado nos autos do TC 1.827.01-02, determino que sejam encaminhadas cópias do relatório da Assessoria de Engenharia à Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico, a fim de que proceda à retificação dos lançamentos do SQL n° 299.022.059-1, conforme escritura de fls. 109v° e cópia de matrícula 69.087, do 4° Cartório de Registro de Imóveis, encartada às fls. 111 dos autos, observada a prescrição qüinqüenal.

Quanto ao TC 5.142.00-37, adoto as manifestações da Assessoria Técnica Jurídica deste Tribunal e Procuradoria da Fazenda Municipal, no sentido de que não ocorreu discrepância entre os posicionamentos da CNLU e as prerrogativas legais que lhe foram conferidas, e também pelo fato de a AT-Engenharia ter discordado do percentual de 70% (setenta por cento) para pagamento da contrapartida, sem, contudo, justificá-lo, bem como a existência de interesse público com a construção do "BELA VISTA FESTIVAL CENTER " em área altamente degradada, o que trará valorização não só aos imóveis do entorno como também ao próprio local, criando um novo pólo de comércio e prestação de serviços, com evidente repercussão nos impostos e taxas

arrecadados pelo Município, acolhendo, desta forma, a contrapartida acordada entre as partes. A Municipalidade, porém, poderá promover as medidas cabíveis à desconstituição de seus próprios atos, se for o caso.

Relativamente aos demais Termos analisados, processos TCs n°s 3.297.00- 00, 1.132.98-45, 4.823.99-63 e 1.350.96-54, preliminarmente, afasto a questão que motivou o pedido da Procuradoria da Fazenda Municipal de recebimento da sua manifestação como agravo retido, pois os esclarecimentos da Origem são suficientes para o julgamento dos processos TCs 1.132.98-45 4.823.99-63.

Sob o aspecto jurídico formal, a atuação da Origem, à época, não merece reparos, em face da inexistência de dolo ou culpa, tendo seus atos sido praticados segundo a norma legal que regia a espécie, não cabendo, desta feita, responsabilizar-se o Presidente da CNLU, nem tampouco o Senhor Secretário Municipal do Planejamento, pelos atos por eles praticados, uma vez que atuaram em caráter participativo.

Quanto às divergências apontadas, decorreram elas de interpretações jurídicas acerca da correta aplicação dos ditames legais que regem as Operações Urbanas.

Como bem asseverou o Sr. Secretário-Diretor Geral, Dr. João Alberto Guedes, constituem as avenças pactuadas verdadeiro contrato bilateral e comutativo, do qual resultaram efeitos concretos a serem preservados, inclusive em relação a terceiros de boa-fé. A Municipalidade, porém, poderá promover as medidas cabíveis à desconstituição de seus própriosatos, quando for o caso.

Contudo, à vista dos elementos constantes dos autos e das divergências de interpretações quanto à parte técnica, acolho parcialmente os Termos de Compromissos analisados nos TCs 3.297.00-00, 1.132.98-45, 2.497.96-06, 4.823.99-63 e 1.350.96-54,
determinando à Prefeitura do Município de São Paulo que promova, mediante acordo ou através de medida judicial competente, a cobrança das diferenças das contrapartidas apontadas pela Assessoria Técnica de Engenharia, devidamente atualizadas.

São Paulo, 16 de janeiro de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

3º JULGADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA, após vista que lhe fora concedida na 2.191ª S.O., quando votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor e EURÍPEDES SALES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer do recurso, por presentes os pressupostos de admissibilidade, bem assim em rejeitar, preliminarmente, a alegação de nulidade do V. Acórdão atacado, uma vez que este Tribunal decidiu os embargos declaratórios com estrito respeito aos padrões de legalidade.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, quanto ao mérito, em negar provimento ao apelo, tendo em vista que:

1) De conformidade com relatório e voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, EURÍPEDES SALES:

a) conforme já apreciado e debatido no voto do Conselheiro Relator, que fundamentou o V. Acórdão de 02/10/2002, à folha 243 dos autos, o acolhimento parcial do termo de compromisso não importa na aceitação de todos os seus efeitos, mesmo porque prevalece o princípio da indisponibilidade do interesse público em relação aos interesses privados, individuais e coletivos;
b) a eficácia executiva da r. decisão questionada está respaldada no artigo 48 da Lei Municipal 9.167/80 e no artigo 191 do Regimento Interno desta Corte, aprovado pela Resolução 03/2002, não procedendo, assim, a argüição, formulada pela recorrente, de inexeqüibilidade da determinação de pagamento do alcance verificado.

1) Nos termos do voto apresentado em separado pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA, reside irregularidade na não-atualização do valor fixado na contrapartida.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor,EURÍPEDES SALES e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de agosto de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Recurso ordinário interposto pela **Procuradoria da Fazenda Municipal**com fundamento no artigo 45, V, da Lei Municipal nº 9.167/80, c.c. os artigos 145, § 1º, 146, 147, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, ao v. Acórdão de 02.10.2002, que à unanimidade, na conformidade do voto do então Conselheiro Relator Antonio Carlos Caruso, rejeitou os Embargos Declaratórios opostos pela Secretaria Municipal de Planejamento Urbano – SEMPLA.

A mesma recorrente interpôs recursos idênticos, na sua forma e conteúdo, aos v. Acórdãos prolatados nos TCs 72.003.297.00-00, 72.001.132.98-45, 72.004.823.99-63, 72.001.350.96-54, aconselhando, destarte, o julgamento unificado, em atenção aos princípios da celeridade e da economicidade dos atos processuais.

O Órgão Fazendário alega, em apertada síntese, nulidade da Decisão impugnada, e, no mérito, inexistência de lesão ao Erário Público e a inexequibilidade da determinação de pagamento de alcance(fls. 184/189).

No parecer exarado às fls. 193/197, endossado pela Subchefia, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo improvimento de todos os recursos, destacando que este Eg. Tribunal tem por função constitucional a fiscalização operacional pertinente a economicidade e que a imposição reparatória estava calcada no laudo avaliatório da Auditoria, concluindo pela insuficiência da contrapartida.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, na seqüência, rebateu, sob o aspecto técnico, as criticas feitas pela recorrente, esclarecendo que os critérios avaliatórios utilizados foram baseados nos próprios editais de chamamento e seguiram os padrões convencionais, observando, ainda, que a hipótese tratada neste procedimento é de “Operação Urbana Faria Lima” e não de “Operação Interligada”, como se argumentou (fls. 200/203).

Derradeiramente, a Secretaria Geral também opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo, considerando que a matéria recursal é mera repetição dos argumentos da Origem já afastados em sede de Embargos Declaratórios.

É o relatório.

V O T O

Preliminarmente, rejeito a alegação de nulidade do v. Acórdão atacado, uma vez que este Eg. Tribunal decidiu os Embargos Declaratórios da Origem com estrito respeito aospadrões de legalidade.

Em verdade, o recurso ressente-se, nesse aspecto, da necessária clareza, de vez que não apontou, objetivamente, qualquer vício processual na Decisão prolatada, que justificasse aquela argüição.

No mérito, a Procuradoria da Fazenda Municipal se limita a repetir os surrados argumentos da Origem, oferecidos em Embargos Declaratórios, amplamente apreciados e debatidos no voto vencedor do eminente Conselheiro Relator, que fundamentou o v. Acórdão de fls. 182, contra o qual aquele Órgão ora se insurge.

Com efeito, ficou consignado, nesse douto Pronunciamento, que o acolhimento parcial do Termo de Compromisso não importou na aceitação de todos os seus efeitos, mesmo porque prevalece o princípio da indisponibilidade do interesse público em relação aos interesses privados, individuais ou coletivos.

De outro lado, a eficácia executiva da r. Decisão atacada está respaldada no art.48 da Lei Municipal n. 9167/80 e art. 191 do Regimento Interno desta Casa, aprovado pela Resolução n. 03/2002, de forma que não procede a alegação da recorrente de inexequibilidadeda determinação de pagamento do alcance verificado.

Assim, calcado nos elementos dos autos e nos pareceres emitidos, a que me reporto como parte integrante deste voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso manifestado pela Procuradoria da Fazenda Municipal.

TCM, 23 de fevereiro de 2005.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Os recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal contra o Acórdão que julgou no sentido da improcedência dos recursos de embargos de declaração requerem a reforma parcial das decisões, para supressão da ordem de pagamento de alcance, alegando em síntese: nulidade da decisão, que reconheceu a legalidade da atuação administrativa e determinou a adoção de medidas para a cobrança da diferença de contrapartida apontada pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal sem embasamento jurídico, uma vez que não foi apontada nenhuma norma que tenha sido violada na fixação dessa contrapartida, já que o único limite fixado na lei é a exigência da apresentação, pelo proponente, de um laudo de avaliação idôneo.

Alega ainda que as considerações unilaterais dos Órgãos Técnicos não decorrem de disposições legais, razão pela qual não sustentam a exigência de desembolso pelo particular, não existindo medida possível de ser adotada pela Administração Pública. Não obstante, caso aplicada, causará insegurança sobre atos regularmente praticados, já que inexistem critérios legais para se chegar ao montante da contrapartida decorrente da valorização do terreno, não podendo o critério eleito por este Tribunal prevalecer sobre o adotado pela Administração.

Reafirma a Procuradoria que a lei apenas fixa um valor mínimo a ser

observado, sendo a valoração do imóvel hipotética e estimativa, e que a mera divergência interpretativa não significa erro na atuação administrativa, não existindo assim lesão a ser reparada, resultando, de tudo, a inexequibilidade da determinação de pagamento de alcance sem respaldo legal e sem força coercitiva, na medida em que os empreendimentos imobiliários, já concluídos por força de "habite-se" legalmente expedido, teriam que ser demolidos sem que tivessem afrontado qualquer legislação vigente.

Deixo primeiramente consignado meu entendimento no sentido de não vislumbrar óbices em proferir julgamento nestes processos, uma vez que cabia à EMURB - empresa que presidi, unicamente, administrar as contas vinculadas às Operações Urbanas, de forma a utilizar os valores depositados pelos beneficiários exclusivamente em investimentos relacionados com o Programa de Obras das referidas Operações, sendo também responsável pela emissão de Termo de Quitação necessário à comprovação do cumprimento das obrigaçõesassumidas pelo beneficiário.

Feito o registro, cumpre afirmar que eventuais irregularidades detectadas em cada Operação Urbana pelos órgãos técnicos desta Corte dizem respeito à fase inicial de adequação dos projetos ao ponto de vista urbanístico visado pelas Leis 11.732/95 e 11.774/95, bem como às demais exigências da legislação de uso e ocupação do solo e da Lei 11.228/92, além do critério de fixação da contrapartida financeira, fase esta da competência exclusiva de

CNLU, não se confundindo com a fase final, de aplicação dos recursos administrados pelaEMURB.

As propostas de participação na correspondente Operação Urbana tramitaram originariamente no âmbito de SEMPLA, sendo da competência da CNLU deliberar tecnicamente sobre as mesmas, de forma a confrontar sua adequação aos aspectos urbanísticos almejados pela legislação específica, aprovando índices e características de uso e ocupação do solo para cada uma das propostas de inclusão na Operação, fixando o valor da contrapartida financeira.

A CNLU, tal como criada pela Lei 10.676/88, que aprovou o Plano Diretor do Município, era, nos termos daquele diploma, o órgão colegiado a quem competia com exclusividade a análise e aprovação dos projetos de participação, sendo deliberadas por seu Plenário todas as questões relativas aos aspectos de análise urbanística e da contrapartida negociada.

Aos demais órgãos do Poder Executivo Municipal restavam as ações tendentes a dar efetividade à decisão tomada pela CNLU, tais como, a elaboração de Termos de Compromisso e de Quitação, emissão de Certidões etc.

Uma análise acurada das situações abordadas nos Tc´s objetos dos recursos demonstra que existem especificidades que reclamam tratamento diferenciado, embora a decisão atacada nesta fase recursal tenha agrupado aqueles feitos, dando-lhes tratamento análogo.

De forma genérica, o que se verifica nos processos ora em julgamento são irregularidades de várias ordens apontadas pelos órgãos técnicos, ora em decorrência de divergências quanto ao critério adotado para cálculo da contrapartida financeira pelos benefícios urbanísticos concedidos, consistentes na viabilização de empreendimentos excepcionando regras gerais de limitação de potencial construtivo; ora em face de discussões acerca de eventual redução do valor da contrapartida em UFM, nos casos renegociados de interessados que migraram de Operações Interligadas para a Operação Urbana Faria Lima, em relação aos quaisos órgãos técnicos entenderam que somente um novo laudo de avaliação poderia determinar o real valor do benefício econômico, considerando-se o preço atualizado de mercado do imóvel na região; ora discutindo metodologia de cálculo de avaliação, e, por fim, apontando irregularidade atinente à concessão de vantagens urbanísticas que extrapolariam os termos da lei.

O inconformismo da Fazenda situa-se preponderantemente em aspecto já afastado por ocasião do julgamento dos embargos, qual seja, a existência de contradição no reconhecimento da legalidade da atuação administrativa e ao mesmo tempo a determinação para cobrança dos valores apontados com base em avaliação que utilizou critério diferenciado. Entendeu esta Corte, ao julgar os embargos, que nada impede o reconhecimento da legalidade com a determinação da adoção de providências necessárias à satisfação do interesse público.

Os demais aspectos decorrem desse principal, o que nos remete à seguinte indagação: se a atuação foi considerada regular, o que respaldaria a cobrança da diferença apontada na contrapartida igualmente realizada com base na lei? Qual método atenderia melhor ao interesse público?

Nesta medida vale consignar que, de fato, via de regra, o reconhecimento de que determinado procedimento se deu regularmente não afasta a possibilidade de o órgão julgador determinar a adoção de providências que entender necessárias para o alcance do interesse público. Não obstante, o conteúdo da determinação deve guardar pertinência com ofundamento da decisão.

No caso específico, o reconhecimento da regularidade do procedimento, “data vênia”, parece incompatível com a determinação de restabelecimento de dano ao erário, uma vez que uma atuação correta do ponto de vista procedimental, ou seja, de acordo com os parâmetros dados pela lei, não deveria resultar em prejuízo aos cofres públicos.

Na verdade, parece que pretendeu a decisão esclarecer que em face da ausência de má fé dos agentes não seria viável responsabilizá-los. No entanto, isso não torna regular o procedimento, sobretudo, quando se conclui que dele resultou dano ao erário.

Reconhecida a regularidade dos atos praticados, ou seja, que se deram de acordo com os ditames legais, é de se averiguar o fundamento da determinação de cobrança dos valores apurados a menor.

A definição do valor de venda do potencial construtivo adicional é questão tormentosa. Doutrinariamente, independente do critério adotado e de ser área direta ou indiretamente beneficiada na Operação Urbana, o ideal seria que este fosse estabelecido de forma clara e objetiva na lei, não deixando margem à possibilidade de negociações caso a caso.

Todavia, não é o que se percebe dos termos com que a Lei da Operação Urbana Faria Lima foi aprovada à época, posto que são omissos quanto à definição objetiva de critério para cálculo da contrapartida nas áreas indiretamente beneficiadas, razão pela qual o cálculo dependia de laudo de avaliação prévia. Salientamos que para determinadas áreas denominadas como diretamente beneficiadas existiam critérios definidos, como se vê da tabela do Anexo II da Lei 11.732/95, relativamente à Operação Urbana Faria Lima, estabelecendo parâmetros de equivalência ao CEPAC, o que reduzia nestes casos a ocorrência de subjetivismo na atribuição do valor final da contrapartida.

Não definido objetivamente o critério legal, este, por questão de prudência, deveria ser utilizado com cautela redobrada por seus aplicadores, principalmente na Operação Urbana Faria Lima, levando-se em consideração o fato de a Operação ocorrer em área onde já existia um grande interesse do mercado imobiliário, que se via confrontado com limitações impostas pela legislação de zoneamento. Desta forma, do ponto de vista econômico, as parcerias almejadas foram desde seu início muito atrativas aos empreendedores, exigindo uma atuação criteriosa e austera por parte dos servidores responsáveis pela análise e emissão dos pareceres técnicos, bem como pelos detentores do poder decisório, no caso, membros da CNLU.

Assim sendo, ainda que a Lei 11.732/95 seja omissa quanto à definição de parâmetros objetivos para definição do valor do benefício em áreas indiretamente beneficiadas, não se pode com isso admitir que a CNLU poderia atuar sem respeito às diretrizes inerentes ao trato com a coisa pública, balizado pelos princípios constitucionais que orientam a atuação dos agentes públicos. Nesta seara, vale aqui citar, em especial, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economicidade, da motivação e o da própria legalidade que, no âmbito da administração pública, só permite atuar conforme os ditames da lei. O ordenamento jurídico, como ensina a melhor doutrina, contém sempre um campo mínimo de ação, onde se insere o interesse público a ser tutelado.

Pois bem, de fato, as leis das Operações Urbanas remeteram, em certas áreas ou perímetros, ao Administrador a fixação dos valores de contrapartida, sendo que somente para algumas estabeleciam parâmetros mínimos a serem observados, pelo que podemos concluir que no exercício dessa competência estará a Administração atuando dentro do campo da discricionariedade administrativa. Sabemos, por extensa literatura jurídica e por decisões jurisdicionais, que essa atuação está condicionada aos limites da lei, devendo-se observar os princípios que a regem, estando sempre submetida ao cumprimento de certos interesses públicos. A atuação discricionária tem, portanto, a exemplo de qualquer competência conferida pela lei, caráter meramente instrumental.

Diz o Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello que nesses casos deve o

Administrador buscar a solução ótima dentre todas as possíveis, de modo a alcançar o desideratonormativo. A legitimidade dessa opção só poderá ser verificada diante do caso concreto, sendo legítima a adotada dentro de um campo de discussão onde ninguém poderia afirmar de modo indiscutível qual seria a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável.(Curso de Direito Administrativo – 15ª edição, Malheiros - p.399).

Bem se vê, portanto, que estamos diante do impasse de procedimentos realizados no exercício de uma atuação administrativa considerada legal por esta Corte, não obstante subjacente uma aparente lesividade, na medida em que outro critério utilizado pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal leva a valores diferenciados que, segundo entendimento dos mesmos, melhor atenderiam ao interesse público.

Como anteriormente afirmado as Operações Urbanas têm por objetivo o fomento, incentivando a iniciativa privada a investir em empreendimentos em determinadas regiões, mediante concessões feitas pelo Poder Público com exceções à lei geral de uso e ocupação do solo, visando o desenvolvimento da área respectiva.

Assim, deve a análise dos processos que envolvem Operações dessa natureza levar em consideração as diretrizes fixadas pela lei, a serem alcançadas em cada empreendimento, considerando suas específicas características.

Peço vênia para me deter na questão relativa à avaliação do imóvel de forma genérica, em face de sua complexidade e importância para o deslinde da questão tratada.

O valor atualizado do imóvel beneficiado por concessões urbanísticas é fator fundamental, e, na busca de seu alcance com certo grau de segurança, a ABNT e a Engenharia de Avaliações desenvolveram métodos investigativos, sendo os mais utilizados o método comparativo, o método involutivo ou residual e o método de custo.

Além desses, podemos identificar o método do terreno virtual, que parte da hipótese de que o proprietário do terreno a ser beneficiado teria a possibilidade de adquirir um terreno vizinho ao seu com uma metragem quadrada suficiente para ampliar a área construída do empreendimento até o limite maior desejado. Trata-se, portanto, de um “terreno virtual”, que, por ser abstrato, não poderia, para efeito de avaliação, ser considerado com o mesmo valor deum terreno real.

Pois bem, no caso das Operações Urbanas, o método comparativo pode ser considerado o mais adequado para a obtenção do valor atualizado inicial da propriedade, antesde outorga de direitos urbanísticos adicionais.

Todavia, o mesmo não se dá com relação ao novo valor do imóvel após a concessão das exceções decorrentes das leis de Operações Urbanas, porque, em muitas situações, tais concessões tornam aquele específico imóvel sem parâmetros de equivalência, a exemplo do que ocorre com um terreno situado em zona de uso residencial ao qual tenham sido concedidos o uso comercial e de serviços à luz da

respectiva lei de Operação Urbana, já que tal fato não o transformará ou transportará para outra zona de uso, mas permanecerá na zona de origem, mantendo suas dimensões primitivas e suas características de ocupação do solo.

Nestas circunstâncias, o critério de "terreno virtual" não guarda qualquer pertinência em relação aos demais métodos, na medida em que fará surgir uma situação que não manterá identidade com quaisquer outras zonas de uso.

Já com relação ao percentual da contrapartida, cumpre esclarecer que o laudo de avaliação realizado através de métodos usuais atribuirá valores diferentes para o terreno, antes e após a concessão das exceções, sendo a diferença entre ambos que definirá o "benefício", que será referência para o estabelecimento da contrapartida, a qual tem se mantido no percentual de 60 a 70%, a despeito da omissão na Lei da Operação Urbana Faria Lima.

Pois bem, contrapartidas fixadas decorrem de laudos cujos critérios foram avaliados por SEMPLA, dos quais diverge a Assessoria Técnica de Engenharia desta Corte de Contas, que entendeu não serem os critérios utilizados os mais adequados.

Situada a visão geral que se refere a todas as Operações Urbanas, destaco que as propostas ora em análise migraram da Operação Interligada, tendo sofrido influências daquela, à exemplo dos métodos utilizados para a avaliação do benefício econômico, já que a Lei das Operações Interligadas (Lei nº 10.209/86) disciplinou em seu ANEXO XI a fórmula de determinação desse valor, fazendo referência às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e às normas do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia – IBAPE e às especificações técnicas próprias para a Operação Interligada aprovadas pela Resolução SEMPLA/CNLU 57/94.

Em relação à questão da divergência referente à eleição dos critérios de avaliação, há que se constatar, ainda, que se trata de situação complexa, na medida em que a fixação das contrapartidas não desbordou das disposições legais, e o legislador deixou margem para o Administrador avaliar em cada caso concreto qual seria o valor mais adequado, ou o melhor valor, envolvendo tal discussão uma ampla gama de variantes, inclusive o interesse público revelado na implementação da Operação.

Se podemos afirmar que a atuação da Comissão não divergiu da orientação legal, e de fato, entendemos plenamente possível tal conclusão, e mesmo na medida em que podemos constatar falhas nas leis, que deveriam ter estabelecido de forma objetiva os métodos a serem utilizados pela CNLU, não parece viável afirmar que os valores por ela aprovados são incorretos, destituídos de razoabilidade ou não atendam ao interesse público, consubstanciado na finalidade da lei. Tampouco podemos concluir de forma categórica que os critérios apontados pela AT-Engenharia sejam desarrazoados.

Contudo, cumpre destacar que o método do terreno virtual, apontado por aquela Especializada como o mais adequado, está previsto exclusivamente na Lei das Operações Interligadas, não sendo indicada sua utilização pelos dispositivos da Lei da Operação Urbana Faria Lima.

Fato é que a exposição feita neste voto demonstra que somente a constatação de inequívoca má-fé ou erro grosseiro poderia dar ensejo a determinação de tal jaez. Jamais a existência de entendimentos divergentes entre Órgãos Técnicos sobre critérios que a lei deixoude fixar com exatidão e objetividade.

Já com relação à Operação Urbana Água Branca, cumpre destacar, porque decorrente de lei própria (Lei nº 11.774/95), os apontamentos específicos, residindo o principal aspecto no critério adotado pela CNLU para o cálculo do potencial construtivo em face da ausência de parâmetros legais definidos previamente, sobretudo no que se refere à integração ou não de área adicional originária de áreas de recuo.

A lei da Operação Urbana Água Branca, além das exceções urbanísticas necessárias para a realização da Operação, também autorizou a regularização de construções, visando a promoção do desenvolvimento urbano e melhoria da qualidade de vida dos moradores da área, com aperfeiçoamento da infra-estrutura e de qualidade ambiental, envolvendo reduzida participação de recursos públicos.

Como conteúdo das propostas, permitiu a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como modificações de normas edilícias, e também regularização de construções, reformas ou ampliações executadasem desacordo com a legislação vigente e concluídas até a data da publicação da lei.

Assim, nesta específica Operação Urbana, surgiu o questionamento das áreas técnicas acerca da possibilidade da concessão de exceções ao Código de Obras por essa via, e ainda que admitida a possibilidade, restou o posicionamento pela irregularidade dos valores encontrados diante da ocupação dos recuos.

Todavia, consideramos que a diferença apontada pela AT-Engenharia não existe. As áreas do recuo incorporadas à edificação ficam absorvidas pelo potencial construtivo epassam a integrar o patrimônio do proprietário por acessão (CC, art.1248), de modo que o direito originário de construir soma-se ao direito adicional adquirido, resultante do aumento do coeficiente de aproveitamento e da taxa de ocupação. Assim, o benefício auferido com o direito adicional de construção é pressuposto lógico da exigência da contrapartida prevista pela lei.

Quanto ao questionamento relacionado à impossibilidade da alteração de disposições do Código de Obras, ponderamos que a lei que instituiu a Operação Urbana Água Branca dispôs no inciso I do artigo 6º, que o conteúdo das propostas de modificações abrangeriam *"a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como modificações de normas edilícias"*. (grifo nosso).

Por sua vez, a Lei 11.228/92, que dispõe sobre regras gerais e específicas para obras e edificações, estabelece em seu artigo 12 que *" os projetos para as áreas sob intervenção urbanística promovida pelo Poder Público, bem como os programas habitacionais de interesse social, poderão ser objeto de normas técnicas especiais diversas das adotadas por esta Lei e apropriadas à finalidade do empreendimento e fixadas por ato do Executivo"*.

Mais especificamente, dispõe a mesma lei em relação às áreas cobertas destinadas ao abrigo das atividades humanas ou qualquer instalação, equipamento e material, ao estabelecer os recuos no item 10.1.1., que *"o disposto neste item não se aplicará às edificações situadas em áreas sujeitas a diretrizes urbanísticas próprias ou operações urbanas, para as quais haja expressa dispensa da observância dos recuos previstos pela LPUOS"*.

Assim, também este questionamento há que ser afastado.

Por fim, assinalo que a situação do TC nº 1.350.96.54 não se assemelha às demais, residindo a irregularidade na não atualização do valor fixado da contrapartida.

O valor encontrado pela CNLU em agosto de 1994 foi transformado em valor correspondente em dólar e em maio de 1995 houve mera retificação, eis que o correspondente em UFM havia constado erroneamente.

Todavia, cerca de 10 meses após a fixação do valor da contrapartida, o interessado requereu e obteve deferimento pela CNLU da manutenção do valor fixado em reais, sem a devida correção pelo valor atualizado da UFM. Aquela Comissão considerou viável o pleito diante da situação de mercado tumultuada e o tempo decorrido, como se constata das justificativas lançadas na Informação nº 145/95/SEMPLA.AP.

Embora a decisão tenha sido devidamente motivada, nesta situação não há como acatá-la, eis que, inquestionavelmente, apenas a elaboração de novo laudo refletiria o valor de mercado naquele momento, até mesmo levando-se em conta os próprios argumentos relacionados à flutuação e instabilidade desse mesmo mercado, utilizados para o deferimento e manutenção do valor original em reais.

Frente ao exposto, meu voto é pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, com relação ao TC´s. nºs 1.132.98.45, 2.497.96.06, 3.297.00.00 e 4.823.99.63 pelo provimento parcial, reformando o v. acórdão, para excluir a determinação para que a Administração adote providências no sentido de cobrar as diferenças dos valores apontados; e pelo improvimento do recurso relacionado ao TC nº 1.350.96.54.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 17 de agosto de 2005.

MAURICIO FARIA
Conselheiro

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso - embargosde declaração -, dos quais é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, conhecer dos embargos de declaração, por presentes os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, por inexistente a contradição alegada, negar-lhes provimento, mantendo-se, na íntegra, osVenerandos Acórdãos recorridos, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Revisor, MARIANA P. A. Q. BARBOSA e DJALMA DONATO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de outubro de 2002.

EDSON SIMÕES
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Secretário Municipal de Planejamento Urbano, com fulcro nos art. 42 e 45, inciso I e 46, da L.M. 9.167 de 03/12/80, contra o V. Acórdão pelo qual o Egrégio Plenário, à unanimidade, decidiu acolher parcialmente o Termo de Compromisso e determinou que a Municipalidade deverá promover,mediante acordo ou medida judicial, a cobrança da diferença da contrapartida, em face dasavaliações realizadas no âmbito desta Corte.

Alegou o recorrente a existência de contradição no Acórdão, pois, embora considerada irreparável a atuação administrativa, determinou-se a complementação do valor da contrapartida.

Para a Assessoria Técnica Jurídica, a contradição apontada não se verifica, uma vez que a decisão pela regularidade formal do procedimento não impede a determinação de providências necessárias ao interesse público.

O Sr. Procurador da Fazenda Municipal concluiu pelo conhecimento e provimento dos embargos.

Por fim, o Sr. Secretário-Diretor Geral entendeu inexistir contradição no julgado e propôs a rejeição do apelo, trazendo, em reforço de tese, as conclusões do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade da Lei Municipal 11.773/95, referente às Operações Interligadas.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Conheço do recurso, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

No mérito, na esteira das manifestações dos Assessores da AT-Jurídica e do Sr. Secretário-Diretor Geral, julgo inexistir a contradição argüida.

Embora os Termos de Compromisso sob análise tenham sido acolhidos em parte, observo que o Poder Judiciário e a doutrina pátria têm aceitado os efeitos concretos já produzidos, mesmo se totalmente inválido o ato, tendo em vista a **segurança jurídica**, entendidacomo princípio da boa-fé dos administrados.

A segurança jurídica e aceitação dos efeitos, entretanto, não são absolutas.
Por óbvio só se colocam quando inexiste má-fé ou dano ao erário.

O prejuízo à Municipalidade é elemento limitativo da adoção do referido princípio em sua integralidade.

Com efeito, o acolhimento parcial do Termo de Compromisso não implica aceitação de TODOS os seus efeitos, isto porque existe o princípio da **indisponibilidade do interesse público** que deve prevalecer sobre os demais. Daí a determinação do Colegiado para a Origem providenciar a reparação do dano patrimonial verificado pela Assessoria Técnica de Engenharia, mediante acordo ou medida judicial.

Este Tribunal já decidiu inúmeras vezes, demonstrando o mesmo entendimento, inclusive no recente julgamento dos Embargos de Declaração opostos contra o Acórdão prolatado nos autos do TC 250.96-74.

Pelo exposto, conheço dos Embargos e nego-lhes provimento, por inexistentea contradição alegada, mantendo-se a decisão recorrida.

São Paulo, 02 de outubro de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos processos TC 1.350.96-54,incluídos em pauta, na 2.014ª S.O., pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator, nos termos do parágrafo 2º do artigo 99 do Regimento Interno desta Corte. Referidos autos foram devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES, após vista que lhe fora concedida, na mencionada sessão, quando votaram os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator e MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN - Revisora.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, acolher parcialmenteo termo de compromisso analisado, determinando à Prefeitura do Município de São Paulo que promova, mediante acordo ou através de medida judicial competente, a cobrança da diferença da contrapartida apontada pela Assessoria Técnica de Engenharia desta Corte, devidamente atualizadas.

Participaram do julgamento os Conselheiros MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN - Revisora, EURÍPEDES SALES e MARIANA P. A. Q. BARBOSA.

Presente, nesta sessão, o Conselheiro EDSON SIMÕES, sem direito a voto, nos termos do artigo 35, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de janeiro de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente e Relator

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.001.350.96-54

Operação Urbana Faria Lima – contrapartida – contrato bilateral e comutativo – efeitos concretos a serem preservados – acolhido parcialmente o termo de compromisso – com determinação à Prefeitura para cobrança da diferença da contrapartida – conhecidos os embargos de declaração e no mérito negado provimento – recurso PFM – conhecido e rejeitada a preliminar de alegação de nulidade do acórdão atacado – negado provimento ao apelo – v. tb. TCs. nºs. 1.132.98*45, 2.497.96*06, 3.297.00*00, 4.823.99*63

RELATÓRIO

Egrégio Plenário

Trata-se do exame de Termos de Compromissos celebrados entre a Prefeitura do Município de São Paulo e diversos compromissários, objetivando a implementação de Propostas de Operação Urbana Faria Lima, Centro e Água Branca, nos termos das legislações específicas que regem a matéria. As Operações Urbanas sob enfoque são coordenadas pela Prefeitura, por intermédio da Empresa Municipal de Urbanização - EMURB, abrangendo as áreas contidas e delimitadas na região da Avenida Faria Lima, da Água Branca e Centro.

Têm como objetivos específicos, dentre outros:

1. A criação de condições efetivas para que os investidores e proprietários de imóveis beneficiados na implantação de melhoramentos forneçam os recursos necessários à sua viabilização, sem qualquer ônus para a Municipalidade.

2. A melhoria da qualidade de vida de seus atuais e futuros moradores, inclusive de habitação subnormal, e de usuários, promovendo a valorização da paisagem urbana e a melhoria da infra-estrutura e da qualidade ambiental.

3. O incentivo do melhor aproveitamento dos imóveis, em particular dos não construídos ou subutilizados.

4. A ampliação e articulação dos espaços de uso público, em especial os arborizados e destinados à circulação e bem-estar dos pedestres.

São estabelecidas, ainda, diretrizes de melhorias urbanísticas nas regiõesabrangidas pelas operações urbanas.

Os interessados no programa de melhorias podem apresentar propostas de empreendimentos solicitando:

- a outorga onerosa de potencial adicional de construção;
- alterações dos usos e parâmetros urbanísticos estabelecidos na legislação;
- a anexação de área remanescente de desapropriação;
- a cessão do espaço aéreo ou subterrâneo.

Essas propostas são submetidas à Secretaria Municipal de Planejamento, e, após análises, são encaminhadas para aprovação da Comissão Normativa de Legislação Urbanística - CNLU.

Como contrapartida aos benefícios concedidos, os compromissários devem repassar recursos para a Prefeitura, que serão destinados ao custeio das obras e melhoramentos nas áreas de abrangências das Operações Urbanas.

Caberá à Empresa Municipal de Urbanização - EMURB, estabelecer o Plano de Prioridades para a implantação do Programa de Investimentos, em função dos recursosrepassados para sua realização e do qual o valor correspondente a 10% (dez por cento) do total das aplicações deverá sempre ser destinado à construção de habitações de interesse social e à urbanização de favelas, em conta vinculada a esse fim.

As áreas contidas no perímetro definido e delimitado como de abrangência das operações urbanas Faria Lima classificam-se em duas categorias, para efeito de definição do valor a ser pago à PMSP como contrapartida:

- áreas indiretamente beneficiadas;
- áreas diretamente beneficiadas.

Nas áreas indiretamente beneficiadas, o valor do benefício econômico obtido pelo interessado, com as exceções concedidas, é determinado a partir do Laudo Avaliativo apresentado pelo interessado e analisado pela SEMPLA. Com a definição do valor do benefício, negocia-se entre as partes o valor a ser pago como contrapartida.

Nas áreas diretamente beneficiadas, o valor da contrapartida pode ser calculado com base em um “valor básico de equivalência”, aplicado em função das relações constantes nos anexos das Leis de Operações Urbanas. Nesses casos, o cálculo da contrapartida éautomático.

O Departamento de Auditoria manifestou-se pela regularidade dos Termos de Compromissos, ressalvando, tão-somente, em relação aos TCs 2.469.99-05 e 4.823.99-63, que a Origem não obedeceu ao prazo estipulado nas Instruções 01/97, relativamente à remessa da documentação a este Tribunal.

As Assessorias Técnicas de Engenharia e Jurídica, a Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria-Diretoria Geral propugnaram pela regularidade das Operações Urbanas analisadas nos TCs 1.197.97-00, 7.187.99-30, 476.01-96, 1.779.01-53 e 1.827.01-02.

Quanto ao Termo analisado no TC 1.827.01-02, destacou, a Assessoria Técnica de Engenharia, ter ocorrido divergência da área do lote utilizada para o cálculo da contrapartida das áreas lançadas nas Notificações/Recibos dos IPTUs, decorrente de erro de lançamento a menor para o lote SQL n° 299.022.059-7, cujo lançamento deveria ser retificado conforme escritura de fls. 109v° dos autos e cópia de matrícula do 4° Cartório de Registro de Imóveis encartada às fls. 111, sob nº 69.087.

Relativamente aos TCs 2.469.99-05 e 3.297.00-00 e 1.200.97-12, a Assessoria Técnica de Engenharia constatou que as outorgas das dispensas de recuos de frente em subsolo extrapolaram o permitido pela legislação da Operação Urbana.

Ocorreu, também, em relação ao TC 3.297.00-00, a extrapolação referente à ocupação de parte de recuo de fundo, apresentando o valor da contrapartida, diferença a menor de R$ 14.073,75 (catorze mil, setenta e três reais e setenta e cinco centavos).

A Assessoria Jurídica opinou pela irregularidade das Operações Urbanas em apreço, uma vez que os benefícios a serem usufruídos pelos proprietários dos imóveis contidos nas áreas diretamente beneficiadas estão enumerados taxativamente nos artigos 14 e 15 da lei 11.732/95, não cabendo à CNLU, em qualquer hipótese, autorizar benefícios não expressamente permitidos por essa mesma lei, e, ainda, por ter sido a contrapartida calculada de forma a não se assegurar o perfeito atendimento e equilíbrio dos interesses públicos e privados envolvidos.

Intimadas, as partes apresentaram suas defesas, que, analisadas pelos órgãos técnicos não foram suficientes para alterar suas conclusões inicialmente alcançadas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, ressaltando que seu corpo técnico não é versado em engenharia de avaliações, concluiu pela irregularidade das Operações Urbanas sob exame, tendo em vista que à CNLU não competia dispensar a observância dos recuos, deixando de manifestar-se acerca das avaliações procedidas.

Quanto ao TC 5.142.00-37, a Assessoria Técnica de Engenharia concluiu que:

1. A ocupação dos recuos contrariou parecer do Grupo Técnico da Operação Urbana e não estaria prevista no Código de Obras e Edificações.

2. Utilização indevida do benefício previsto no inciso II do art. 1º do Decreto n° 37.105/97, que regulamentou a Lei Municipal n° 11.536/94 (Legislação que concede incentivos à implantação e

manutenção de teatros no Município de São Paulo).

3. O valor do benefício econômico foi calculado equivocadamente, por utilização de benefício indevido (legislação de teatros) e por metodologia que não capta integralmente a valorização do imóvel, sendo que o percentual de fixação da contrapartida deveria ter sido de 80% (oitenta por cento) ao invés de 70% (setenta por cento) do benefício concedido.

Intimadas, as partes apresentaram defesa, sendo que a empresa compromissária contestou as conclusões alcançadas pela Assessoria Técnica de Engenharia no sentido de que:

1. Não foi contrariado o parecer do Grupo Técnico de Operação Urbana, haja vista que o projeto, após cumprimento das solicitações deadaptações dos órgãos técnicos, passou pelo rigoroso crivo de ambos os órgãos preservacionistas, o CONDEPHAAT e o CONPRESP, e a Comissão Executiva deliberou a observância do recuo de frente, reservando uma área livre, ajardinada descoberta, projetada no pavimento térreo, junto à linha de divisa com o Teatro Oficina, como condição de aprovação da solicitação pela Comissão, concluindo não haver conflito entre a volumetria da edificação proposta e a da edificação tombada, no caso o Teatro Oficina.

2. Quanto à utilização indevida de benefício do Decreto n° 37.105/97, o tema de aplicação da Lei de Operação Urbana com a Lei de Teatros foi soberanamente decidido e resolvido pela SEMPLA.CNLU, que baixou a Resolução SEMPLA.CNLU/119/99 definindo que os benefícios da Lei 12.349/97 (Operação Urbana Centro) aplicar-se-ão exclusivamente para as áreas destinadas aos cinemas, e, para as áreas destinadas ao teatro, serão utilizados exclusivamente os incentivos da Lei 11.536/94 (Lei de Teatros).

Ressaltou o compromissário que, por força da Lei Municipal 9.841/85, a competência para expedição de normas relativas a dúvidas urbanísticas e jurídicas na interpretação e aplicação dos dispositivos da legislação de uso e ocupação do solo é da SEMPLA.CNLU.

3. Com relação ao valor do benefício econômico, alega que foi adotado pelo órgão técnico deste Tribunal o mesmo valor unitário de terreno e as mesmas metodologias acolhidas pelo Grupo Técnico, utilizando, contudo, taxa de ocupação de 80,60% ao invés de 50%, fixando o valor da contrapartida em 80%, desconsiderando, sem qualquer motivação ou fundamentação, o percentual de 70% definido pelo Grupo Técnico.

Finalizou, o defendente, esclarecendo que efetuou o pagamento da contrapartida, comprometendo-se a promover a recuperação ambiental, manutenção das áreas de uso público da Rua Jaceguai e dos baixos do Viaduto Júlio de Mesquita Filho, demarcadas pela EMURB.

A Assessoria Técnica Jurídica, que, preliminarmente, entendera pela irregularidade da Operação Urbana sob análise, após a defesa apresentada pela empresa

Compromissária, posicionou-se no sentido de que não ocorreu discrepância entre os posicionamentos da CNLU e as prerrogativas legais que lhe foram conferidas, e também pelo fato de a AT-Engenharia ter discordado do percentual de 70% (setenta por cento) para pagamento da contrapartida, sem, contudo, justificá-lo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal assim se manifestou:

> "... salta aos olhos no processo a existência de interesse público com a construção do "shopping center" em área altamente degradada o que trará valorização não só aos imóveis do entorno como também ao próprio local, criando um novo pólo de comércio e prestação de serviços, com evidente repercussão nos impostos e taxas arrecadados pelo Município."

Concluiu, pois, pelo acolhimento parcial da operação com a condenação do particular no pagamento da diferença apurada.

No que tange aos TCs 1.132.98-45, 2.497.96-06, 4.823.99-63 e 1.350.96-54,
a Assessoria de Engenharia entendeu que o valor do benefício foi subestimado, estando incompatível com a área adicional de construção deferida e conseqüente valorização do imóvel. O valor do benefício que deveria ser adotado seria o do terreno virtual, conforme sugerido pela equipe de avaliação de SEMPLA. Constatou, ainda, no caso do TC 1.132.98-45, que a permissão do aumento da taxa de ocupação de 50% (cinqüenta por cento) para 70% (setenta por cento) contrariou o ordenamento legal.

Finalmente, com relação ao TC 4.823.99-63, a Assessoria Técnica de Engenharia, ainda, entendeu que na Certidão SEMPLA deveria constar, expressa e taxativamente, que as modificações dos índices e características de uso e ocupação de solo e do Código de Obras e Edificações concedidos são válidas apenas para efeito de aprovação da reforma proposta para o empreendimento, não se constituindo em direito adquirido sobre o terreno.

A Assessoria Técnica Jurídica opinou pelo não-acolhimento das Operações Urbanas em apreço, entendendo que, a exemplo do que ocorre nas Operações Interligadas, o teor do artigo 5º da Lei nº 11.773/95, com vista a assegurar o perfeito atendimento e o equilíbrio dos interesses públicos e privado envolvidos, é necessário que a avaliação a cargo da CNLU se paute pela escolha das técnicas e critérios que atinjam esse equilíbrio, sob pena de inobservância aos princípios da finalidade e da justa distribuição dos benefícios e ônus advindos da atuação urbana.

Manifestou-se a Origem acerca das constatações dos órgãos técnicos, porém estes mantiveram suas conclusões iniciais.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em face do indeferimento de sua solicitação para que fossem intimados os compromissários (TCs 1.132.98-45 e 4.823.99-63), requereu o recebimento de sua manifestação como AGRAVO RETIDO, para

conhecimento preliminar pela Corte. Propôs a verificação do custo da obra para aferição do valor da contrapartida paga e se a mesma atendeu os ditames dos artigos 4º e 5º da Lei nº 11.732/95. Quanto ao percentual construtivo outorgado, reportou-se aos esclarecimentos prestados pela SEMPLA como razões técnicas que presidiram o aumento da taxa de ocupação de 50% para 70% e a permissão do uso diversificado residencial, comercial e de serviços.

A Secretaria-Diretoria Geral propugnou que, sob o aspecto formal, a atuação da Origem não mereceu reparos, em face da inexistência de dolo ou culpa, entendendo que a Municipalidade é quem deverá promover medidas cabíveis à condução do saneamento das impropriedades apontadas pelos órgãos técnicos deste Tribunal, opinando, desta feita, pelo acolhimento parcial dos Termos de Compromissos, com determinação à Prefeitura do Município de São Paulo para que proceda, amigavelmente ou através de via judicial, à cobrança das diferenças das contrapartidas apontadas, calculadas segundo os parâmetros da legislação que regula a espécie.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

À vista das manifestações técnicas favoráveis ao acolhimento dos Termos de Compromissos tratados nos TCs 1.197.97-00, 7.187.99-30, 476.01-96, 1.779.01-53, 1.827.01-
02, 2.469.99-05 e 1.200.97-12, julgo-os regulares.

Quanto ao fato de a Origem não ter observado o prazo estabelecido nas Instruções 01/97, para encaminhamento da documentação relativa aos ajustes analisados nos TCs 2.469.99-05 e 4.823.99-63, ausente a má-fé, bem como qualquer dano ao Erário, deixo de aplicar penalidade, por tratar-se de falha de natureza formal.

No que tange ao constatado nos autos do TC 1.827.01-02, determino que sejam encaminhadas cópias do relatório da Assessoria de Engenharia à Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico, a fim de que proceda à retificação dos lançamentos do SQL n° 299.022.059-1, conforme escritura de fls. 109v° e cópia de matrícula 69.087, do 4° Cartório de Registro de Imóveis, encartada às fls. 111 dos autos, observada a prescrição qüinqüenal.

Quanto ao TC 5.142.00-37, adoto as manifestações da Assessoria Técnica Jurídica deste Tribunal e Procuradoria da Fazenda Municipal, no sentido de que não ocorreu discrepância entre os posicionamentos da CNLU e as prerrogativas legais que lhe foram conferidas, e também pelo fato de a AT-Engenharia ter discordado do percentual de 70% (setenta por cento) para pagamento da contrapartida, sem, contudo, justificá-lo, bem como a existência de interesse público com a construção do "BELA VISTA FESTIVAL CENTER " em área altamente degradada, o que trará valorização não só aos imóveis do entorno como também ao próprio local, criando um novo pólo de comércio e prestação de serviços, com evidente repercussão nos impostos e taxas

arrecadados pelo Município, acolhendo, desta forma, a contrapartida acordada entre as partes. A Municipalidade, porém, poderá promover as medidas cabíveis à desconstituição de seus próprios atos, se for o caso.

Relativamente aos demais Termos analisados, processos TCs n°s 3.297.00- 00, 1.132.98-45, 4.823.99-63 e 1.350.96-54, preliminarmente, afasto a questão que motivou o pedido da Procuradoria da Fazenda Municipal de recebimento da sua manifestação como agravo retido, pois os esclarecimentos da Origem são suficientes para o julgamento dos processos TCs 1.132.98-45 4.823.99-63.

Sob o aspecto jurídico formal, a atuação da Origem, à época, não merece reparos, em face da inexistência de dolo ou culpa, tendo seus atos sido praticados segundo a norma legal que regia a espécie, não cabendo, desta feita, responsabilizar-se o Presidente da CNLU, nem tampouco o Senhor Secretário Municipal do Planejamento, pelos atos por eles praticados, uma vez que atuaram em caráter participativo.

Quanto às divergências apontadas, decorreram elas de interpretações jurídicas acerca da correta aplicação dos ditames legais que regem as Operações Urbanas.

Como bem asseverou o Sr. Secretário-Diretor Geral, Dr. João Alberto Guedes, constituem as avenças pactuadas verdadeiro contrato bilateral e comutativo, do qual resultaram efeitos concretos a serem preservados, inclusive em relação a terceiros de boa-fé. A Municipalidade, porém, poderá promover as medidas cabíveis à desconstituição de seus própriosatos, quando for o caso.

Contudo, à vista dos elementos constantes dos autos e das divergências de interpretações quanto à parte técnica, acolho parcialmente os Termos de Compromissos analisados nos TCs 3.297.00-00, 1.132.98-45, 2.497.96-06, 4.823.99-63 e 1.350.96-54,
determinando à Prefeitura do Município de São Paulo que promova, mediante acordo ou através de medida judicial competente, a cobrança das diferenças das contrapartidas apontadas pela Assessoria Técnica de Engenharia, devidamente atualizadas.

São Paulo, 16 de janeiro de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro