JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.005.175.95-57

Termo de Compromisso - operação interligada - cálculo da contrapartida - indexação pela variação cambial - defesas preliminares - subavaliação - determinado a municipalidade a reparação do dano causado - promoção mediante acordo ou através de medida judicial competente - exigindo dos beneficiários o recolhimento das quantias apontadas - embargos de declaração - conhecido e provido o recurso - prejudicada a determinação à municipalidade visando a reparação de dano - vencido os Conselheiros Antonio Carlos Caruso e Edson Simões. (V. tb. TCs 4.032/98*07, 2.497/96*06, 3.224/96*70 e 4.048/96*85).

RELATÓRIO

Egrégio Plenário

Trata-se do exame de Termos de Compromissos, celebrados entre a Secretaria Municipal do Planejamento e diversos Compromissários, objetivando a implementação de Propostas de Operações Interligadas, nos termos das Leis nºs. 10.209/86 e 11.773/95, alterando índices e características de uso e ocupação do solo de imóveis localizado na área de abrangência do Município de São Paulo.

Para concretização das operações pleiteadas, os interessados deveriam repassar aos cofres públicos, como contrapartida pelos benefícios concedidos, no mínimo, o equivalente a 5 (cinco) Habitações de Interesse Social - HIS, não podendo ainda essa contrapartida ser inferior a 60% (sessenta por cento) do benefício econômico obtido com as alterações dos índices e características de uso e ocupação do solo.

Na determinação do benefício econômico, foram apresentados laudos de avaliação pelas interessadas, utilizando-se métodos da valorização e do terreno virtual. Esses laudos foram analisados pela Equipe de Avaliação GT - OI/SEMPLA, que, após Reuniões de Negociação, determinou os valores das contrapartidas devidas, formalizando assim, através da Comissão Normativa de Legislação Urbanística, os competentes despachos de aprovação.

Os valores das contrapartidas foram devidamente recolhidos e formalizados através de Termos de Quitação.

O Departamento de Auditoria manifestou-se pela regularidade dos Termos de Compromissos e de Quitações.

A Assessoria Técnica de Engenharia entendeu que os valores dos benefícios econômicos e os valores negociados entre as partes como contrapartidas estariam subestimados, não sendo compatíveis com os benefícios concedidos e com as conseqüentes valorizações dos imóveis, pelas razões expostas em pareceres insertos nos respectivos processos.

Oficiada, a Origem esclareceu que o Grupo de Negociação considerou, como base para as contrapartidas, o valor do benefício econômico extraído de uma média entre os valores resultantes do método da valorização apresentado no laudo dos interessados e das alternativas da Equipe/SEMPLA respaldando-se, ainda, no capítulo 5.3 da Norma para Avaliações de Imóveis Urbanos, definida após um suficiente acúmulo de propostas apreciadas e aprovadas.

Ressaltou, ainda, que a própria Lei 11.773/95 determina a busca do equilíbrio entre os interesses públicos e privado envolvidos, em cada caso, e que, segundo as disposições legais existentes, seria suficiente a apresentação do laudo contratado pelos interessados, aplicando-se o percentual mínimo de 60% (sessenta porcento) estabelecido pela legislação.

Anexou aos autos parecer da Assessoria Jurídico Consultiva da Procuradoria Geral do Município, onde afirma que a escolha do método que cabe à CNLU, em virtude da competência que a lei lhe atribuiu.

A Assessoria Técnica Jurídica manifestou-se no sentido de que as subavaliações dos benefícios concedidos contrariaram a norma legal vigente, tornando ilegais as operações interligadas aprovadas.

Ressaltou, também, não caber ao administrador decidir, por si, o que é suficiente ou insuficiente para o interesse público. A lei já determina o seu campo de ação, estabelecendo limites que lhe é vedado transpor.

Com amparo nas avaliações técnicas procedidas pela AT-Engenharia, concluiu pela irregularidade das Operações Interligadas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu que as soluções técnicas em "operações interligadas" devem sempre ser pautadas pelo interesse do Erário, em homenagem ao interesse público, sugerindo que se realizassem reuniões de trabalho entre a Engenharia deste Tribunal e a Equipe de Avaliação de SEMPLA, buscando um denominador comum, um parâmetro técnico que conduza a um consenso quanto ao valor devido à Municipalidade em contrapartida aos benefícios concedidos aos particulares.

A Secretaria Diretoria Geral, em parecer da lavra do Dr. João Alberto Guedes, ao qual me reportarei quando proferir meu voto, concluiu, no mérito, pela irregularidade das Operações Interligadas, sob análise, pendentes, ainda, de recolhimento, as diferenças do valor integral das contrapartidas, devidamente corrigidas.

Intimados, o Presidente da Comissão Normativa de Legislação Urbanística, o Secretário Municipal do Planejamento, à época, e os Compromissários, apresentaram suas respectivas defesas.

A Assessoria Técnica de Engenharia, examinando, caso a caso, cada uma das defesas apresentadas, reiterou suas conclusões anteriores, registrando as diferenças devidas entre as contrapartidas pactuadas e as mínimas devidas.

Encaminhados os autos à Assessoria Técnica Jurídica, a Assessora Subchefe, Drª Roseli de Morais Chaves, acompanhada pelo Assessor Chefe, Dr. Murilo Magalhães de Castro, propugnou que o ordenador da despesa, nos presentes casos, não deverá sofrer exclusivamente, as conseqüências das decisões tomadas pela Comissão Normativa de Legislação Urbana, CNLU, visto que sua atuação no âmbito da comissão era de natureza participativa,

conforme dispõem os artigos 5º, "caput" e § 3º e art. 7º do Regimento Interno - Resolução SEMPLA/CNLU 055/94.

Excepcionalmente, exercerá o Presidente da Comissão atribuições que impliquem a adoção de medidas de natureza decisória; nos casos caracterizados como urgência de apreciação e deliberação - quando poderá incluir os assuntos em pauta, independentemente de prévia publicação na Imprensa Oficial -, e nos de empate.

Ocorre que o voto de desempate a ser proferido não é de exclusividade do Secretário de Planejamento, mas de quem estiver assumindo a Presidência no momento da votação, que poderá ser o Secretário, o membro da CNLU por ele indicado, ou ainda, o escolhido pelos representantes presentes (art. 7º R.I.).

Considerando que a CNLU é um órgão colegiado que profere decisões no âmbito de sua competência, e ainda, que prolatado o voto de desempate não fica descaracterizada a natureza colegiada da decisão, entendeu a Douta Subchefe, que as despesas ordenadas decorrem de decisão Colegiada, dos integrantes da CNLU, competindo aos destinatários o estrito cumprimento do que restou decidido.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reportando-se aos valores das contrapartidas, argumentou que, no tocante à formação racional do julgador (art. 131 do CPC), nos casos em que a prova é fundamental e de natureza técnica, as decisões devem ser fundamentadas e se respaldar na perícia para formar com justiça a sua convicção, sob pena de nulidade da decisão. Por outra vertente, os casos de super ou sub-avaliações podem gerar posterior questionamento, via própria. Manifestou-se finalmente, pelo acolhimento parcial das operações interligadas com a determinação de recolhimento, em favor do erário, caso haja, da diferença apontada pelo órgão técnico.

A Secretaria Diretoria Geral reiterou todos os termos de sua manifestação anteriormente proferida.

É o relatório.

V O T O

Adoto, no presente, as razões sustentadas no excelente pronunciamento do Dr. João Alberto Guedes, Secretário Diretor Geral desta Casa.

Com efeito, competia à Comissão Normativa de Legislação Urbanística - CNLU a aprovação das modificações referidas no artigo 1º da Lei e a do valor da contrapartida em Habitações de Interesse Social - HIS correspondente, como bem ressaltado pela Origem ao se reportar à Lei Municipal nº 11.773/95.

Sob o aspecto jurídico formal, portanto, 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. Nesse contexto, não cabe responsabilidade ao ordenador da despesa, pois conforme bem salientou a AT-Jurídica, sua atuação era de natureza participativa.

Ocorre que a Lei Municipal nº 11.773/95 foi recentemente declarada inconstitucional pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI Nº 045.352-0/5-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é requerente o PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, sendo requeridos o PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e OUTRA, ainda não transitada em julgado, pendente de julgamento os Embargos de Declaração interpostos pela Municipalidade.

Desde já impende esclarecer que os efeitos dessa declaração atingem as operações realizadas, que sob o aspecto legal, são inconstitucionais.

Resta, assim, examinar as situações fáticas decorrentes da execução da lei.

Ressalto, ainda, que os efeitos da liminar concedida nos autos da ação, para suspender a aplicação da lei, não haviam alcançado situações que já se encontravam consumadas com fundamento na lei argüida de inconstitucional.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, julgou procedente a ação, manifestando-se pela impossibilidade de modificações de índices e características de uso e ocupação do solo, reconhecendo não ser possível ao Poder Executivo editar norma de conduta individual em matéria de reserva legal, com afronta aos artigos 5º, § 1º e 181, "caput", da Constituição do Estado de São Paulo. Também restou consignado no voto do Exmo. Sr. Desembargador Hermes Pinotti, D. Relator designado, que a delegação de regramento individual, com amplos reflexos coletivos, cria função atípica do poder Executivo, que subtrai competência cometida ao Poder Legislativo, afrontando a Constituição do Estado e as normas primárias que estruturam o Estado.

Assim, na esteira do V. Acórdão datado de 14/02/2001, entendo ser também vedado ao Administrador estabelecer valor de contrapartida em detrimento da norma legal existente, garantidora da higidez urbanística, em face do princípio da indisponibilidade dos bens públicos e dos interesses da sociedade.

Todavia, conforme comentário do Exmo. Desembargador José Osório, que também julgou procedente a ação, *"nem se deve temer argumentos "ad terrorem, data venia," que surgiram durante o julgamento, segundo os quais a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 11.773/95 levaria à demolição dos prédios construídos sob a sua vigência"*. Foi então ressaltado por este juiz que é de seu entendimento *"que a desconstituição dos efeitos concretos produzidos por uma lei declarada inconstitucional não ocorre automaticamente, devendo ser promovida pelo Poder Público competente, caso a caso e se entender conveniente"*.

Tratando-se o avençado entre as partes, de verdadeiro contrato bilateral e comutativo, do qual resultaram efeitos que devem ser preservados, inclusive em relação a terceiros de boa-fé, entendo que a questão a ser resolvida centrar-se-á à reparação de eventual dano causado à Municipalidade.

Assim, havendo divergências de valores, à vista dos diversos fatores apontados pelos órgãos técnicos, VOTO no sentido de que deverá a Municipalidade promover, mediante acordo ou através de medida judicial competente, a reparação do dano causado em face das avaliações realizadas no âmbito desta Corte, exigindo dos beneficiários, se for o caso, o recolhimento das quantias apontadas, tidos como válidos e existentes os benefícios concedidos através das Certidões/SEMPLA.

No que tange, ao TC 4.120.98-72, ante a afirmação da Assessoria Técnica de Engenharia, de que não chegou a definir qual o valor adequado do benefício, VOTO pelo acolhimento dos valores alcançados na avaliação da Origem.

Com relação ao TC 3.816.96-10, em face da interessada não ter edificado em seu terreno, determino que a matéria deverá ser discutida perante os órgãos competentes para apreciação do pedido de desistência e devolução da quantia já paga, recorrendo às vias próprias.

São Paulo, 19 de dezembro de 2001.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC 5.175.95-57, incluídos em pauta, na presente sessão, pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator, nos termos do parágrafo 2º do artigo 99 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, no sentido de que a Municipalidade deverá promover, mediante acordo ou através de medida judicial competente, a reparação dos danos causados, em face das avaliações realizadas no âmbito desta Corte, exigindo dos beneficiários, se for o caso, o recolhimento das quantias apontadas, tidos como válidos e existentes os benefícios concedidos através das Certidões/Sempla.

Participaram do julgamento os Conselheiros MARIANA P. A. Q. BARBOSA - Revisora “ad hoc” e EURÍPEDES SALES.

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, Vice-Presidente, por motivo de licença médica.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de dezembro de 2001.

EDSON SIMÕES
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

RELATÓRIO

Egrégio Plenário

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 Lei Municipal nº 9.167 de 03/12/80, contra acórdãos pelos quais o Egrégio Plenário, à unanimidade, decidiu que a Municipalidade deverá promover, mediante acordo ou medida judicial, a reparação do dano causado, em face das avaliações realizadas no âmbito desta Corte, exigindo dos beneficiários, se for o caso, o recolhimento das quantias apontadas, considerando válidos e existentes os benefícios concedidos através das certidões/Sempla.

Alegou o recorrente a existência de contradição, pois, embora considerada irreparável a atuação administrativa, determinou-se a reparação da contrapartida.

Os órgãos técnicos do Tribunal e o órgão Fazendário opinaram pelo conhecimento dos embargos, visto que tempestivos.

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

A Procuradoria da Fazenda Municipal concluiu pelo provimento dos embargos, por existir contradição no julgado, visto que a AT-Engenharia opinou pela aceitação das contrapartidas pagas, não havendo, destarte, diferença a ser cobrada.

Por fim, nos TCs 5.175.95-57 e 3.224.96-70, o Sr. Secretário-Diretor Geral propôs o conhecimento e o provimento dos apelos, reconhecendo prejudicada a determinação à Municipalidade, visando a reparação de dano, porquanto as avaliações realizadas no âmbito desta Corte reconheceram como aceitáveis as contrapartidas pagas pelos compromissários.

Não obstante, no TC nº 4.048.96-85, pronunciou-se na esteira da AT-Jurídica pela rejeição do apelo, entendendo inexistente a contradição apontada.

É o relatório.

V O T O

Melhor analisando os casos dos autos, verifiquei que, após manifestações de SEMPLA e defesas então apresentadas, os Srs. Engenheiros opinaram, de fato, pela aceitabilidade das contrapartidas.

Portanto, conclui-se não ter havido apontamento de dano a ser eventualmente reparado.

Sendo assim, conheço dos embargos opostos, e, no mérito, atribuindo-lhes caráter infringente, dou-lhes provimento, escoimando-se dos acórdãos recorridos a determinação à Municipalidade para adoção de providências com vistas à reparação de dano e recolhimento de eventuais quantias ao Erário público.

São Paulo, 09 de abril de 2003.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Não vejo a pretendida contradição entre a afirmação contida no v. Acórdão embargado, no sentido de não merecer reparo a atuação da Origem, e a parte dispositiva do mesmo, que determina sejam promovidas as medidas necessárias à reparação do dano.

Contradições ocorrem quando há falhas no encadeamento lógico, que deve presidir o silogismo sentencial, de sorte que a premissa maior (norma de caráter universal) não contenha amplamente a premissa menor (espécie em exame, de caráter particular), ou a elas não siga harmoniosamente a conclusão (parte dispositiva da decisão).

Não é o caso.

A providente ordem saneadora determinando o ressarcimento não é conseqüência da conduta da Comissão Normativa de Legislação Urbanística – CNLU. Fosse e seria caso de dar-se razão aos Embargantes. O ressarcimento vincula-se claramente a outra vertente lógica, por sinal irretorqüível, e que assim pode sintetizar-se: revisto o cálculo que determina a contrapartida, há que rever-se a contrapartida, se, e quando, o cálculo for alterado.

É comum que uma decisão administrativa, legítima segundo a lei do seu tempo, passe, em curto período, a ser suscetível de complementação, correção, aperfeiçoamento etc. É o que o v. Acórdão fez, sem contradição alguma. Julgando legítima, embora, a atuação da Comissão, diante da dúvida quanto ao critério dos cálculos, o v. Acórdão determina que se persiga o reequilíbrio da equação formada pelo cálculo e a contrapartida.

O que faltou ficar explícito no v. Acórdão é que, no caso dos três processos ora em julgamento, o reexame dos cálculos feito pelos órgãos técnicos concluiu pela aceitabilidade dos valores encontrados. Ou seja: estes três processos deveriam, por isto mesmo, ser excluídos das providências reparatórias contempladas no v. Acórdão embargado.

A hipótese é, pois, de omissão, e vem à luz dos elementos dos autos constantes às fls. 59 e 124 do TC nº 3.224.96-70, fls. 80vº do TC nº 5.175.95-57 e fls. 70 e 74 do TC nº 4.048.96-85, onde se atesta a aceitabilidade dos cálculos.

Provendo, entretanto, os embargos para sanear a omissão apontada, de sorte a esclarecer que estes três processos ficam excluídos das disposições que determinam a persecução

de diferença, meu voto é rigorosamente estrito a seu efeito declaratório, não incluindo no provimento qualquer efeito infringente.

Descabe, a meu ver, falar-se em efeitos infringentes porque o saneamento da omissão, como acima exposto em nada altera a materialidade do v. Acórdão embargado, dispondo, apenas, adjetivamente, quanto à maneira de tornar efetivo o que nele ficou decidido.

Além disso, sinto oportuno salientar, tem sido meu entendimento o de que a atribuição de infringência a embargos de declaração é providência das mais excepcionais, e que, por isso mesmo, no resguardo das características próprias desse instituto recursal, tal efeito só deve ser acolhido o mais raramente possível, com severa parcimônia.

Isto posto, em conformidade com o acima exposto, acompanho em parte o voto do Nobre Conselheiro Relator, conhecendo e provendo os embargos em seus efeitos estritamente declaratórios consistentes no saneamento da omissão apontada, que é a de não ter excluído os três processos em exame das providências reparatórias previstas no v. Acórdão embargado.

TCM, 09 de abril de 2003.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES, após vista que lhe fora concedida na 2.089ª S.O., quando votaram os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator e ROBERTO BRAGUIM – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer dos embargos opostos pelo Senhor Jorge Wilheim.

ACORDAM, outrossim, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Revisor, apresentado em separado, e MAURÍCIO FARIA, votando o Conselheiro Presidente em exercício EDSON SIMÕES, para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em dar provimento aos embargos, em seus efeitos estritamente declaratórios, consistentes no saneamento da omissão apontada de não ter excluído o processo em exame das providências reparatórias previstas no V. Acórdão embargado.

Vencidos, em parte, os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator, nos termos de seu relatório e voto apresentados, e Eurípedes Sales, que atribuíram caráter infringente aos embargos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator, EURÍPEDES SALES e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de junho de 2003.

EDSON SIMÕES
Vice-Presidente no exercício da Presidência, com voto

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte