JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.006.264.95-10

Operação interligada – contrato bilateral e comutativo – defesas – preliminares – contrapartida – subavaliação – reparação de eventual dano causado à Municipalidade – conhecido os embargos de declaração – no mérito por inexistente a contradição alegada negado provimento – recurso PFM – sentença incerta por depender de condição futura – reconhecido que não pode haver ordem de reparação de dano eventual concomitantemente ao reconhecimento da legalidade da atuação administrativa – falta causa-prejuízo econômico alegado pelos órgãos técnicos não restou comprovado – conhecido e provido o recurso – excluindo à cobrança das diferenças dos valores apontados

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 localizados 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.

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 público 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 por cento) estabelecido pela legislação.

Anexou aos autos parecer da Assessoria Jurídico Consultiva da Procuradoria Geral do Município, onde afirma que a escolha do método 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 limite 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 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 subavaliações 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 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.

São Paulo, 16 de janeiro de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO

Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos processos TC 6.264.95-10, 250.97-55, 6.815.97-44 e 4.121.98-35, 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 MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN - Revisora, EURÍPEDES SALES e MARIANA P. A. Q. BARBOSA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de janeiro de 2002.

EDSON SIMÕES
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

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 L.M. 9.167 de 03/12/80, contra o V. acórdão pelo qual 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 no acórdão, pois, embora considerada irreparável a atuação administrativa, determinou-se a reparação da contrapartida.

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.

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, argumentando:

1) "sob o aspecto jurídico-formal ou procedimental, a atuação da Origem, à época, não merecia reparos, em face da inexistência de dolo ou culpa, tendo seus atos sido praticados segundo a norma legal que regia a espécie, muito embora tenha ela sido, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo" (fls.);

2) que o Desembargador José Osório, no julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade da Lei Municipal 11.773/95, embora votando por sua procedência, realçou que a desconstituição dos efeitos concretos produzidos por uma lei declarada inconstitucional não ocorre automaticamente, devendo ser promovida a ação cabível pelo Poder Público, caso a caso, conforme sua conveniência' (fls.). Tal entendimento foi ratificado pelo órgão especial do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos dos Embargos de Declaração nº 045352-0/8-07 e adotado por este Tribunal de Contas na decisão ora recorrida;

3) que o direito ao resultado das operações interligadas, para o particular, é adquirido com o firmamento do Termo de Compromisso, ou seja, o proprietário do imóvel fica habilitado a requerer e obter o alvará de execução das obras do projeto respectivo, desde que expedido de acordo com os ditames da Lei Municipal 11.773/95;

4) quanto ao valor da contrapartida paga, o TCM, no exercício de sua competência constitucional, em face da indisponibilidade dos bens públicos e na defesa do erário municipal, adotou as conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos, determinando o recolhimento do valor da diferença constatada, devidamente corrigida.

É o relatório.

V O T O

Conheço do recurso, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

No mérito, entendo inexistente a contradição argüida, consoante conclusão da Assessoria Jurídica e do Sr. Secretário-Diretor Geral em seu parecer final, cujas razões passam a integrar meu voto.

Na verdade, o julgamento deste Plenário seguiu o caminho trilhado pelo Poder Judiciário.

De fato, o ato sob exame foi praticado em estrita conformidade com as disposições da mencionada lei municipal. O particular adquiriu direito ao resultado das operações interligadas ao firmar o Termo de Compromisso, onde constaram, segundo o texto legal, todos os direitos e obrigações referentes à sua aprovação. A Municipalidade, com base nesse documento, expediu certidão que habilitou o proprietário a requerer e obter o alvará de execução das obras do projeto respectivo.

Essa realidade justifica a preocupação dos Desembargadores, ao julgarem procedente a ação declaratória de inconstitucionalidade da referida da Lei nº 11.773/95, com os efeitos produzidos enquanto vigente a lei.

Destarte, no acórdão proferido nos Embargos de Declaração nº 045352-0/8-07 opostos contra tal julgamento, o Desembargador José Osório realçou serem "tantos os efeitos concretos que podem ser produzidos na vigência da lei declarada inconstitucional que se entende hoje deva o Tribunal, quando necessário, deixar expresso o momento em que o julgamento produz efeitos anulatórios ou quais os atos que devam ficar protegidos do decreto de nulidade. Isto porque entram em jogo outros e relevantes **princípios** que norteiam toda a ordem jurídica, entre os quais se sobressaem o da **segurança das relações jurídicas**, que se estabeleceram sob o direito positivo considerado escorreito, bem como o da **boa-fé** e o que **veda o enriquecimento sem causa**".

A própria Lei Federal 9.868/99, em seu art. 27, autoriza o Supremo Tribunal Federal a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

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

O prejuízo à Administração é elemento que limita a adoção do referido princípio em sua integralidade, tendo em vista o atendimento ao interesse público.

Este Tribunal de Contas, aliás, já demonstrou o mesmo entendimento, em diversas oportunidades.

Ademais, a jurisprudência da Suprema Corte, bem como a doutrina pátria, são firmes no sentido de que a nulidade **não opera automaticamente**. Nos autos judiciais dos Embargos de Declaração acima referidos, o mesmo Desembargador, mencionando voto do Ilustre Ministro Celso de Mello, frisou que os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade' devem ser atacados em ação própria e não indiretamente, por meio excepcional (...)' (Adin 652-Maranhão, Ministro Celso de Mello, 02.04.92-RTJ 146/464).

O fato de a decisão atacada ter assentado que o ato praticado era formalmente regular não significa aceitação de TODOS os seus efeitos, isto porque existe o **PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO** que deve prevalecer sobre os demais.

Sob tal fundamento, exarou o Plenário, a determinação para que a Municipalidade de São Paulo promova, mediante **acordo ou medida judicial cabível, a reparação do dano patrimonial** apontado pelos órgãos técnicos, exigindo, dos beneficiários, se for o caso, o recolhimento das quantias apuradas.

Pelo exposto, conheço dos Embargos e rejeito-os, por inexistente a contradição alegada, mantendo-se a decisão recorrida.

São Paulo, 21 de agosto de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC 6.264.95-10, ora em grau de recurso - embargos de 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 interpostos, por presentes os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, por inexistente a contradição alegada, negar-lhes provimento, mantendo, na íntegra, os Venerandos Acórdãos recorridos, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES, por motivo de férias.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de agosto de 2002.

EDSON SIMÕES
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

Egrégio Plenário

Cuida o processo em referência, nesta fase processual, da análise e julgamento de recurso interposto pela douta Procuradoria da Fazenda Municipal, com fulcro no artigo 45, inciso V, da Lei 9.167/80 cc arts. 145, § 1º, 146 e 147, § 2º, do RITCM.

Referido apelo foi interposto contra V. Acórdão anteriormente proferido em sede de Embargos de Declaração apresentados por SEMPLA, visando à reforma parcial do julgado, alegando, em apertada síntese, a nulidade da decisão que – ao tempo em que reconheceu a legalidade da atuação administrativa – determinou também a adoção de medidas para a cobrança da diferença de valor de contrapartida apontada pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal, sem que tenha sido reconhecida eventual violação de norma legal na fixação da mesma.

Argumenta, ainda, que as considerações unilaterais dos Órgãos Técnicos não decorrem de disposições legais, razão pela qual não sustentam a exigência de desembolso pelo particular a título de ressarcimento, inexistindo medida possível de ser adotada pela Administração Pública. Não obstante, adverte que, ainda que fosse feita alguma ação nesse sentido, a mesma causaria insegurança sobre atos regularmente praticados.

Instada a manifestar-se, a AJCE opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso, diante da inexistência da contradição apontada pelo Órgão Fazendário, razão pela qual concluiu que a decisão recorrida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, no que foi integralmente acompanhada pela Secretaria Geral, em parecer final.

É o breve relatório.

V O T O

Cumpre consignar, por primeiro, que a matéria aqui tratada já foi analisada por esta Corte quando do julgamento dos TCs **4.082.97-02** e **10.415.97-70**. Por esta razão, peço vênia ao Egrégio Plenário para me reportar às razões lançadas em voto proferido naquela oportunidade, que enfrentou detalhadamente a matéria novamente trazida à deliberação.

Contudo, a análise do caso concreto ora em julgamento nos remete a um conflito de interpretações técnicas, frente às peculiaridades do empreendimento, as quais merecem destaque pontual.

Uma questão apontada pela AT-Engenharia foi a vedação ao acesso pelo corredor Z8-CR4, com base na Lei 9.049/80, em seu artigo 21, inciso I, itens "a" e "b", considerando inviável o atendimento do pleito. Todavia, como o próprio laudo do proponente esclarece, essa não seria uma questão impeditiva, por ser possível a manutenção do acesso pela via secundária.

Noutra questão, a AT-Engenharia contestou o valor negociado, considerando-o subavaliado com base no critério da galonagem.

Observamos que consta do laudo critério objetivo para dimensionamento da renda provável do terreno, a título de aluguel, com base na estimativa de faturamento do posto de abastecimento, possibilitando, desta forma, a avaliação do terreno após a concessão das exceções. Tal conduta mostra-se bastante razoável, na medida em que as Operações Interligadas têm como objetivo vender potencial construtivo calculado em relação à valorização do terreno e jamais quanto a possível valorização do negócio que nele se pretenda instalar. Desta forma, em nosso entender, mostrou-se precipitada a afirmação de subvalorização do benefício e da contrapartida.

Frente ao exposto, tendo em vista que o prejuízo econômico alegado pelos órgãos técnicos não restou cabalmente comprovado, frente à complexidade da Operação Interligada firmada, **voto pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento**, para o fim de reformar parcialmente o V. Acórdão recorrido, excluindo a determinação feita no sentido de que a Administração adotasse providências visando à cobrança das diferenças dos valores apontados.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 05 de abril de 2006.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso interposto, por presentes os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, em dar-lhe provimento, para o fim de reformar parcialmente o V. Acórdão recorrido, excluindo a determinação feita no sentido de que a Administração adotasse providências visando à cobrança das diferenças dos valores apontados.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, EDSON SIMÕES e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de abril de 2006.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator