

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Judicial

*INFORMAÇÕES OFERECIDAS EM MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRADO EM VIRTUDE DA NÃO FORMALIZAÇÃO, PELA
PREFEITURA DE SÃO PAULO, DE TERMO DE COMPROMISSO
RELATIVO A OPERAÇÃO INTERLIGADA. OBEDIÊNCIA A MEDIDA
LIMINAR, CONCEDIDA EM AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE, DETERMINATIVA DA SUSTAÇÃO DOS
EFEITOS DA LEI MUNICIPAL Nº 11.773/95.*

Angélica Marques dos Santos
Procuradora do Município

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública

Processo nº 791/98
Mandado de Segurança

O Secretário Municipal do Planejamento, prestando as INFORMAÇÕES requisitadas, e a Municipalidade de São Paulo, por sua procuradora, requerendo seu ingresso, na qualidade de assistente litisconsorcial passiva, nos autos do Mandado de Segurança em epígrafe, impetrado por Construtora Boghosian Ltda., vêm à presença de Vossa Excelência, respeitosamente, expor e requerer o seguinte:

DO PEDIDO

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por empresa do ramo da construção civil que adquiriu lotes na Rua Alcides Lourenço da Rocha, no bairro do Brooklin, visando a implantação de incorporação imobiliária no local;

2. Devido às restrições de gabarito impostas pela legislação municipal, limitando as edificações verticais no local a 8 (oito) pavimentos, em função da largura da referida rua, a impetrante requereu à Municipalidade de São Paulo a aprovação de Operação Interligada, com base na lei nº 10.209/86 e, principalmente, na lei nº 11.773/95;

3. Diz que já estava finalizado o procedimento da Operação Interligada junto à Administração Municipal, com integral aprovação da sua proposta, quando obteve a informação de que o Termo de Compromisso que sela a Operação referida não mais seria firmado, por causa de Medida Liminar concedida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo Regimental extraído da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 45.352.0/7-01, determinativa da sustação dos efeitos da já mencionada lei municipal nº 11.773/95;

4. Sustenta que não poderia ter seu projeto atingido pelos efeitos da liminar, pois já tinha direito adquirido à Operação Interligada, dada a finalização de todo o procedimento, com o deferimento da sua proposta e, em especial, com o pagamento integral da contrapartida pecuniária devida;

5. Requer a segurança para o fim de ser determinada ao Impetrado a assinatura do Termo de Compromisso relativo à Operação Interligada já deferida, bem como o fornecimento de Certidão do seu conteúdo, conforme o art. 3º, p. 2º da lei nº 11.773/98.

O feito processa-se sem liminar.

Razão nenhuma assiste à impetrante, como se verá a seguir.

P R E L I M I N A R M E N T E DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

O pedido, tal como formulado, é juridicamente impossível.

Como se demonstra em anexo, foi concedida, pelo Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça, medida liminar determinativa da sustação dos efeitos da lei nº 11.773/95, até o julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade - **ADIN nº 45.352.0/7-01**, proposta pelo Exmo. Procurador Geral de Justiça de São Paulo, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do aludido diploma municipal.

Trata-se, portanto, de medida liminar que, embora precária, produz efeitos imediatos, como é próprio da natureza jurídica das liminares, e *erga omnes*, como é da natureza das decisões dessa especialíssima modalidade de ação constitucional.

JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina que *"Essa ação tem por objeto a própria questão da constitucionalidade."* (in Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. Malheiros, 13ª ed., SP, 1997, p. 57). E, mais adiante, ao tratar da eficácia da sentença proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, em cotejo com a proferida por via de exceção, essa sempre limitada às partes, prossegue o Professor:

"Como o objeto do julgamento consiste em desfazer os efeitos normativos (efeitos gerais) da lei ou ato, a eficácia da sentença tem exatamente esse efeito, e isto tem valor geral, evidentemente. Em suma, a sentença aí faz coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei, que não poderão mais dar-lhe execução sob pena de arrostar a eficácia da coisa julgada, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade em tese visa precisamente atingir o efeito imediato de retirar a aplicabilidade da lei. (op. cit., p. 58).

Sendo, o objeto da ação, a cessação da aplicabilidade da lei em geral, a ser garantida por sentença de eficácia *erga omnes*, tem-se que a ordem de sustação da execução dessa mesma lei, pleiteada e concedida liminarmente, tem os mesmos efeitos imediatos e gerais, impedindo de

plano a execução de qualquer ato ou fato que tenha como fundamento de validade essa "lei", agora só com aparência formal de lei, ainda que provisoriamente.

No caso da **ADIN** da lei nº 11.773/95, como se pode verificar no Acórdão juntado por cópia, a medida liminar foi concedida para o fim de evitar prejuízos irreversíveis àqueles que dispõem, até então, de expectativa de obterem os benefícios da lei, como é o caso da impetrante.

O *periculum in mora* ensejador da medida liminar foi ali identificado nos seguintes termos:

No que diz respeito a este risco pela demora, também tem razão o Exmo. Procurador-Geral de Justiça.

Há centenas de pedidos em andamento, com possibilidade de criação de direitos adquiridos.

Sabe-se que a indústria da construção civil é dotada de dinamismo incomum. Obtida uma brecha na legislação geral, edifica-se com enorme rapidez. A possibilidade de formação de fatos consumados é total.

O caso presente é de gravidade maior do que os comuns, que envolvem apenas riscos financeiros, tributários, de prestação de serviços, etc. Aqui são edificações imensas, definitivas, perenes. Como observou o Des. Dante Busana, na sessão de julgamento, a cautela recomenda que se mantenha prestigiada a lei que é genérica (a de Zoneamento) e que se suspendam os efeitos da lei que, na esfera do Executivo, cria as exceções, aparentemente perigosas. Melhor aguardar o julgamento definitivo da ação sem pôr em risco a ordem constitucional e a ordem urbanística.

*Por tais motivos, dou provimento ao agravo.**

Como se vê, à Municipalidade, através do Impetrado ou de qualquer outra autoridade, não restou nenhuma alternativa senão paralisar, de plano, todos os atos e procedimentos pendentes relativos à lei cujos efeitos foram suspensos pela liminar da referida **ADIN**.

Não o fazendo, incidiriam em crime de desobediência, tal como redigido no art. 330 do Código Penal.

Por isso, é difícil conceber eventual procedência desta ação sem a total subversão dos princípios da competência e da hierarquia dos órgãos jurisdicionais, o que fatalmente condenaria o julgado à nulidade.

De fato, é pouco provável a ocorrência de sentença proferida por juiz singular, em mandado de segurança individual, com provimento fundado em lei que teve sua execução suspensa por ordem liminar proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Por outro lado, mesmo que assim não fosse, ou seja, se não houvesse a ordem liminar de sustação da execução da lei nº 11.773/95, ainda assim o pedido seria juridicamente impossível, já que não é possível ao Poder Judiciário obrigar o Executivo à contratação de um compromisso, que é ato de vontade, com natureza tipicamente discricionária. Seria, essa, hipótese de evidente afronta ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, estampado no art. 2º da Constituição Federal.

Dessa forma, ante a impossibilidade jurídica do pedido, que se evidencia por qualquer ângulo que se o examine, requerem a Vossa Excelência seja o presente processo declarado extinto, sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

DO MÉRITO

- I -

Como explanado na preliminar supra, o motivo da omissão reclamada pelo Impetrante, ou seja, a não conclusão da Operação Interligada por ele requerida junto ao Impetrado, se deu em obediência à medida liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade da lei municipal nº 11.773/95, disciplinadora desse negócio jurídico.

De acordo com a aludida liminar, ficarão sustados os efeitos da lei nº 11.773/95 até o julgamento da **ADIN** nº 45.352.0/7-01, considerando, dentre outros motivos, que "*há centenas de pedidos em andamento, com possibilidade de criação de direitos adquiridos.*"

Esse, aliás, é o caso da Impetrante. Embora embase o raciocínio todo da inicial no fato de estar já concluída a Operação Interligada por ela proposta, o fato é que não se tratava, ainda, de um ato jurídico perfeito, mas sim incompleto.

Por isso, longe de qualquer direito adquirido, a Impetrante detinha, até então, mera expectativa.

Com efeito, dispõe o **art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil**:

“Art. 6º -

§ 1º - *Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.*

§ 2º - *Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.*”

Ora, no caso presente, como exposto na inicial, a Impetrante obteve, até então, da Administração Municipal, somente a aprovação da sua proposta de Operação Interligada com base na lei ora suspensa.

E a aprovação da proposta constitui somente uma das etapas do procedimento dessa Operação. A aprovação, em si, não representa nenhum compromisso ou declaração de vontade da Administração suficiente para fazer gerar efeitos concretos da Operação a ser ainda complementada.

A reprodução de dispositivos da lei nº 11.773/95 permite a melhor compreensão do acima exposto:

“Art. 3º - *As propostas de Operação Interligada tramitarão no âmbito da Secretaria Municipal do Planejamento - SEMPLA, competindo à Comissão Normativa de Legislação Urbanística - CNLU a aprovação das modificações referidas no art. 1º desta lei e a do valor da contrapartida em Habitações de Interesse Social - HIS correspondente.*

§ 1º - A partir da publicação do despacho SEMPLA/CNLU referente à decisão sobre o valor final da contrapartida referida no caput deste artigo, o interessado poderá requerer e obter o alvará de aprovação do projeto respectivo, com a utilização dos novos parâmetros.

§ 2º - Em decorrência da publicação referida no parágrafo anterior, deverá ser firmado, entre o proprietário do imóvel e a Secretaria Municipal do Planejamento, o Termo de Compromisso, do qual constarão todos os direitos e obrigações referentes à aprovação da Operação Interligada, cabendo à SEMPLA, nessa ocasião, fornecer certidão relativa ao conteúdo do referido Termo de Compromisso.

§ 3º - A certidão mencionada no parágrafo anterior será considerada como documento hábil para que o proprietário do imóvel possa requerer e obter o alvará de execução das obras do projeto respectivo, com a utilização dos novos parâmetros autorizados."

Bem se vê que tendo logrado a aprovação da sua proposta para a Operação Interligada, a Impetrante somente galgou uma etapa prévia à consecução do procedimento.

E o procedimento em si apenas se conclui com a assinatura do Termo de Compromisso, que sela os direitos e deveres de ambas as partes. O Termo de Compromisso é o instrumento jurídico que obriga as partes, vinculando-as às obrigações pactuadas, tornando tais obrigações, a um só tempo, exequíveis e exigíveis.

Antes da assinatura do Termo de Compromisso há, para ambas as partes, apenas expectativa de direito.

É de se notar que até então a Impetrante dispõe somente da aprovação da sua proposta e do Alvará de Aprovação do projeto.

Não pode, ainda, dar início às obras. Para isso depende de um Alvará de Execução que, conforme o art. 3º, p. 3º acima reproduzido, poderia obter exclusivamente após a assinatura do Termo de Compromisso.

O Termo de Compromisso é ato-condição para a concessão do Alvará de Execução do projeto aprovado. O Termo de Compromisso é, portanto, o instrumento jurídico que confere, no dizer de **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**, "*perfeição, validade e eficácia*" à Operação Interligada para ambas as partes, o particular e a Administração.

Fatos supervenientes ao Alvará de Aprovação, por exemplo, a ordem judicial de sustação dos efeitos da lei que o embasa, como ocorreu *in casu*, podem vir a inviabilizar a efetiva exeqüibilidade do que até então vinha sendo acordado em etapas entre a Administração e o particular. Essa exeqüibilidade, insiste-se, somente ocorreria, para a Impetrante, através do Alvará de Execução.

Por isso não pode a Impetrante invocar qualquer direito adquirido pois esse pressupõe a possibilidade plena do seu exercício atual o que, no caso presente, ocorreria se e após a formalização do Termo de Compromisso referido.

Oportuno, embora não tecnicamente preciso, é o paralelo entre o caso em exame e o procedimento licitatório em que, mesmo obtendo a classificação da sua proposta e a adjudicação do objeto, o primeiro colocado no certame não tem direito adquirido a futuro e eventual contrato, mas mera expectativa de vir a formalizá-lo e nos termos da sua proposta vencedora.

Por isso se tem que a assinatura do Termo de Compromisso não é mera formalidade mas, como diz o próprio item 26. da petição inicial, condição sem a qual não pode, a Impetrante, dar continuidade ao projeto e obter o imprescindível Alvará de Execução das obras.

Isso mostra, por mais uma vez, que a Operação Interligada objeto deste *mandamus* era, ainda, um procedimento em andamento e por isso atingido pela ordem de paralisação proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

- II -

No tocante aos Compromissos de Compra e Venda e respectivos Aditamentos firmados pela Impetrante e os vendedores dos lotes que

adquiriu no bairro do Brooklin, objeto da proposta de Operação Interligada, tem-se que esses não vinculam ou comprometem de forma alguma a Administração Municipal.

A Impetrante adquiriu os lotes antes da formalização de qualquer proposta à Administração. Tanto que soube da limitação de gabarito das construções verticais naquele local após a aquisição dos lotes, segundo afirmam a inicial e os aditamentos contratuais referidos, o que denota pouca cautela prévia a uma transação de tamanho porte.

Ademais, a leitura dos Compromissos de Compra e Venda acostados à inicial demonstra que a Impetrante se comprometeu a construir edifício, nos lotes, *“conforme proposta a ser aprovada perante a Prefeitura de São Paulo, efetivando, dita incorporação e construção, por sua conta, riscos e responsabilidade exclusivas”* (cláusula 1.3.).

A contraprestação, por sua vez, se daria na forma de dação em pagamento, a cada comprador, de um determinado número de unidades do futuro edifício, *“nos prazos e condições a serem definidos e apresentados através de memorial descritivo no momento oportuno”* (cláusula 2.1.1.).

Depois, nos Termos de Aditamento a cada um desses contratos, a Impetrante deliberou, por conta própria, fazer menção à Operação Interligada que propôs à Administração, como forma de evitar *“prejuízo”* aos então vendedores. Isso porque, acrescenta-se, se não aprovada a construção com gabarito superior a 8 (oito) pavimentos, o lucro do empreendimento seria diminuído ante a obrigação de ceder em pagamento um número proporcionalmente elevado de unidades aos vendedores.

Tal disposição contratual, de *per si*, já seria sugestiva da má-fé da Impetrante, não fosse, ainda, o fato de declarar, nas cláusulas 1.3.2. e 1.3.3. dos Aditamentos respectivos, que a Operação Interligada estava aprovada pela Municipalidade e já paga. Isso aos 23 de fevereiro de 1998, sendo que a própria petição inicial, no item 11., afirma e os documentos comprovam, que a reconsideração do despacho indeferitório da proposta da Impetrante foi publicado somente aos 13 de março desse mesmo ano. O indeferimento havia se dado aos 27 de setembro de 1997, pela falta do pagamento na data aprazada.

Oportuno, por fim, é destacar que eventual impossibilidade ou dificuldade no cumprimento do avençado, pela Impetrante com os vendedores dos lotes, devido à frustração da Operação Interligada até então em curso, é de única e exclusiva responsabilidade sua, já que a Municipalidade não participou de nenhuma tratativa com esses terceiros e em momento algum comprometeu-se ou autorizou à Impetrante comprometer-se, como fez, com base em meras expectativas.

Diante do exposto e provado, Impetrado e Municipalidade aguardam e requerem seja **DENEGADA** a segurança, com a condenação da Impetrante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Termos em que pedem deferimento.

São Paulo, 7 de julho de 1998.

FLÁVIO CHUERY
SECRETÁRIO MUNICIPAL DO PLANEJAMENTO

ANGÉLICA MARQUES DOS SANTOS
Procuradora do Município
OAB/SP 79.945