

“Ação rescisória, Anistia, Condomínio Plaza Iguatemi” (Trabalho Relevante do Ano – Departamento Judicial),

Glauca Savin – Procuradora Municipal, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP; Especialista em Gestão Ambiental pela Faculdade de Saúde Pública da USP

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – SP:

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por seu procurador, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, propor com fulcro no artigo 475, inciso V do CPC, propor

ACÃO RESCISÓRIA, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

em face **Condomínio Plaza Iguatemi**, inscrito perante o CNPJ sob o nº 07.095.402/0001-66, com endereço na Avenida Faria Lima, 2.255/2.277, com fundamento na norma do art. 485, V, do Código de Processo Civil.

1 - RELATO DOS FATOS

Por meio de ação ajuizada em face desta Municipalidade (autos nº 011869-96.2006.8.26.0053, da 7ª Vara da Fazenda Pública), postulou o Réu a regularização da edificação localizada na Av. Brigadeiro Faria Lima, 2255/2277. (doc. nº 01)

O pedido formulado pelo Condomínio compreendeu a **declaração** da *“invalidade do art. 18 do Decreto nº 42.324/08”* e do *“direito do Autor à regularização prevista na Lei Municipal nº 13.876/04, das áreas excedentes do Edifício Plaza Iguatemi – até o limite total de 20% da área construída...”*.

Requeru, ainda, a condenação da Municipalidade à expedição de guia para o recolhimento da outorga onerosa e, uma vez realizado o pagamento, a expedição de auto de regularidade, declarando-se a nulidade da decisão que indeferiu o pedido de regularização, *“determinando à Prefeitura que requisite novo parecer de SEHAB a respeito do caso específico do Edifício Plaza Iguatemi, bem como a reapreciação do processo administrativo nº 2004-1.015.938-3, à luz do novo parecer elaborado”*.

Foi requerida pelo Condomínio a produção de prova pericial. Após o deferimento da realização da prova, indicação de perito, assistentes técnicos e quesitos, os trabalhos foram, subitamente, interrompidos pelo magistrado que proferiu sentença de mérito, julgando o feito antecipadamente.

Sobreveio sentença (doc. nº 02) que julgou procedente a pretensão do Condomínio, nos seguintes termos:

Vistos etc 1.Trata-se de ação declaratória, de rito ordinário, ajuizada por CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PLAZA IGUATEMI em face da MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, objetivando, com fundamento no artigo 12, § 8º, da Lei Municipal nº 13.558/03, alterada pela Lei nº 13.876/04, a declaração da regularização da edificação localizada na Avenida Brigadeiro Faria Lima nºs 2255/2277, onde foi apurado acréscimo irregular de 7.158,35 m2 de área, inferior a 20% do inicialmente aprovado (35.908,25 m2), mediante pagamento da denominada “outorga onerosa”, calculada em aproximadamente R\$ 8.200.000,00. Sustenta, em resumo, que depois da solicitação do “habite-se” da edificação, procedeu-se a um remanejamento das áreas internas do prédio, sem afetar a parte externa da construção. Requereu junto ao órgão competente da Municipalidade a regularização do excesso de área computável, mas sua pretensão foi desacolhida, sob alegação de que o Decreto Municipal n. 45.324, de 24.9.2004, limitou qualquer regularização àquelas edificações que não tivessem ultrapassado o coeficiente de aproveitamento 4,0. Em abono de sua pretensão, o autor fez juntar aos autos três pareceres subscritos por administrativistas, concluindo pela inexistência de qualquer violação ao Plano Diretor. Pede a invalidade do artigo 18 do Decreto nº 45.324/04; a declaração do direito do autor à regularização prevista na Lei Municipal nº 13.558/03, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 13.876/04, por meio da anistia, impondo à Municipalidade a expedição de guia de recolhimento da outorga onerosa, sob pena de multa; após o pagamento do valor da outorga onerosa, seja declarada a regularidade da construção do edifício autor no tocante às áreas excedentes até o limite de 20% da área total construída constante no alvará de execução do projeto, com a consequente expedição do auto de regularidade; seja declarada a nulidade da decisão que indeferiu o pedido de regularização formulado pelo autor; condenação da Municipalidade no ônus da sucumbência. Atribuindo à causa o valor de R\$ 100.000,00, instruiu a petição inicial de fls. 2/22 com o instrumento procuratório de fl. 25 e documentos de fls. 26/504. Citada a municipalidade (certidão de fl.509), foi oferecida a contestação de fls. 515/532, instruída com os documentos de fls. 534/559, aduzindo, em suma, que a falta de referência do coeficiente de aproveitamento máximo na Lei Municipal nº 13.876/04 não pode ser considerada como desvinculação do Plano Diretor Estratégico (Lei Municipal nº 13.430, de 13 de setembro de 2002), o qual estabeleceu o coeficiente máximo de aproveitamento 4,0. Culmina requerendo a improcedência da ação, com os consectários legais. Réplica as fls. 562/571. Instados a se manifestarem, o autor requereu fosse determinada a realização de prova pericial destinada a calcular o valor da outorga onerosa a ser pago (fls. 575/576), enquanto a Municipalidade requereu o julgamento antecipado da lide (fl. 573). Foi proferido despacho saneador (fl. 578), irrecorrido, por meio do qual foi determinada a realização de prova pericial. As partes indicaram assistentes técnicos e formularam quesitos (fls. 579/580 e 582/584). Pela decisão de fls. 643/644, foi concedida liminar incidental para suspender os efeitos da decisão administrativa que indeferiu o pedido de regularização da edificação e em razão de impugnação formulada pelo autor, foram indeferidos os quesitos de nºs 4, 5, 6, 7 e 9 formulados pela municipalidade. A fl. 654 a Municipalidade comunica a interposição do recurso de Agravo de Instrumento nº 607.709-5/0-00 (fls. 655/686), contra essa decisão. As fls. 688/690 o autor requereu fosse recomendado à perita judicial que se limitasse às respostas dos quesitos formulados e deferidos pelo Juízo, merecendo o despacho de indeferimento lançado a fl. 694. A perita judicial requereu, justificadamente (fl. 698), levantamento parcial de seus honorários, o que foi deferido. Agora, as fls. 700/711, a perita judicial apresenta relatório das atividades periciais realizadas aduzindo a necessidade de etapas complementares não previstas quando da estimativa de honorários. Em apenso ao 4º volume encontram-se os autos do incidente de impugnação ao valor atribuído à causa argüido pela Municipalidade, que após regular processamento, foi acolhido para fixá-lo em R\$ 8.200.000,00, sendo que o autor providenciou o recolhido da respectiva taxa judiciária (doc. de fls. 13/14 dos autos em apenso), e contra essa decisão o autor interpôs o recurso de Agravo de Instrumento nº 574.527-5/5-00 (fls. 17/25 dos autos em apenso). É o relatório do essencial. Passo à fundamentação e à decisão. 2.Assumi a Vara em data de 18 de dezembro de 2006, tendo recebido os autos para apreciar o pedido formulado pela perita judicial. 3.E, cabe ao Juiz apreciar e decidir de acordo com seu convencimento motivado, atendendo, dentre outros, o princípio da economia processual. 4.Diversamente do entendimento

da ilustre Juíza de Direito Auxiliar, prolatora do r. despacho saneador (fl. 578), a matéria posta em discussão é de direito, comportando o julgamento antecipado. 5.No caso, o antecipado julgamento da lide não importará em cerceio de exercício de direito processual, certo que os temas a enfrentar, de compreensão e interpretação jurídico-normativa, não demandam produção de prova. 6.Com efeito, a discussão na presente ação cinge-se na verificação de um único aspecto fundamental: se é cabível a limitação de qualquer regularização àquelas edificações que não tivessem ultrapassado o coeficiente de aproveitamento 4,0, pelo Decreto Municipal n. 45.324, de 24.9.2004. 7.E, a conclusão é uma só. 8.Como costumeiramente é de seu mister, o douto Professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, subscritor dos pareceres reproduzidos as fls. 121/148 e 149/162, bem demonstrou que o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração Pública às leis, valendo destacar o seguinte trecho aplicável ao caso presente: ?8. A lei municipal paulistana que disciplina a regularização de edificações que estejam em descompasso com as pertinentes normas é a de nº 13.588, de 14.04.2003, com as alterações que lhe advieram da lei nº 13.876, de 23.07.2004. Segundo dispõe seu artigo 12 a regularização de imóveis com área construída superior a 500 metros quadrados será onerosa, obedecidas fórmulas de cálculo ali dispostas, sendo que tais ônus incidirão apenas sobre o excedente da área construída computável a ser regularizada que ultrapassar o coeficiente máximo de aproveitamento para a respectiva zona, limitado a 4,0. O parágrafo 8º deste artigo, entretanto, excepcionou os imóveis beneficiados pelas disposições das ?Operações Urbanas? deste limite de 4,0 e determinou que a onerosidade seria calculada por critérios estabelecidos nas letras “a” e “b”, distintos dos supostos na cabeça do artigo. Sem embargo, o decreto regulamentador, decreto nº 45.324, de 24.08.2004 entendeu de dar, no art. 18, sua contribuição ao legislador, alterando o que constava do mencionado no § 8º do art. 12 da lei, pois, estabeleceu para os imóveis sítos em área de ?Operação Urbana? uma condição que dele não constava, isto é, a de que o excesso a ser regularizado estivesse limitado ao coeficiente 4,0. Ora, este limite, que se encontra mencionado na cabeça do art. 12 da lei, é precisamente o que, para os edifícios compreendidos em zona de ?Operação Urbana?, foi liberado pelo seu § 8º, o qual, de par com isto, veio aportar critérios específicos para cálculo do pagamento da onerosidade. Estas foram exatamente as disposições que excepcionaram ditos imóveis do regramento genérico do art. 12. Donde, o artigo 18 do decreto 45.324, de 24.08.2004, ao instruir dita restrição à regularização de certos imóveis veio a contrariar frontalmente o que da lei constava e a criar uma limitação para os administrados desfrutarem da sobredita regularização. Eis, pois, que incidiu em grosseira invalidade: a de afrontar a lei que deveria tão só regulamentar e de modo ?fiel?, como quer o Texto Constitucional do País.? 9.Com efeito, o projeto de construção do prédio do autor foi regularmente aprovado, nos termos e condições estabelecidas pela denominada Operação Urbana Faria Lima e, quando de seu término, foi expedido o respectivo Certificado de Conclusão (Habite-se). 10.O pedido de Habite-se foi protocolizado no mês de agosto de 2002 e foi expedido em outubro de 2002. 11.Portanto, o prédio já estava pronto em agosto de 2002 (as obras deveriam estar concluídas até 13 de setembro de 2002 para se beneficiarem da anistia), atendendo ao requisito estabelecido pelo artigo 1º da Lei Municipal nº 13.876, de 23 de julho de 2004, que alterou o caput do artigo 1º da Lei nº 13.558, de 14 de abril de 2003. 12.Ocorre que, esse Certificado de Conclusão se refere à uma área menor do que efetivamente construída, conforme confessado pelo próprio autor na petição inicial, pois durante a construção foram alteradas áreas consideradas não computáveis para áreas computáveis, resultando no acréscimo de 7.158,35 m². 13.Também oportuna a transcrição do seguinte trecho do parecer do ilustre Professor ADILSON ABREU DALLARI, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (fl. 197 dos presentes autos): ?Salta os olhos, pela simples comparação entre um e outro, que no texto do Decreto foi inserido como limite o coeficiente de aproveitamento 4,0 (quatro), que não figura nem na Lei instituidora da Operação Urbana Consorciada Faria Lima, nem no dispositivo legal que disciplina a regularização de edificações localizadas em áreas de operações urbanas? ... ?Não se pode presumir uma restrição de direito que estaria implícita num texto legal, pois qualquer norma restritiva de direito não comporta interpretação ampliativa. Também foi visto que essa interpretação ampliativa da restrição se choca com as finalidades e objetivos da operação urbana especificamente afetada?. 14.No mesmo diapasão foi o substancial parecer do Doutor TOSHIO MUKAI, acostado às fls. 223/280: O art. 18 do Decreto regulamentar, portanto, no ponto em que acresce a limitação do índice de aproveitamento máximo de 4,0 (quatro), mesmo nos casos beneficiados por operações urbanas, além de ser contraditório, é ilegal e inconstitucional, devendo assim ser considerado pelos aplicadores da norma, sejam estes pertencentes à Administração e/ou ao Judiciário. (fl. 262) 15.?Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamento há abuso do poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo? (PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1946?, vol. II, p. 137). 16. É certo que, em momento algum, a Municipalidade acenou neste processo com a pretensão de alcançar a medida extrema da demolição do imóvel do autor, tanto é que não ofereceu reconvenção. 17.Por outro lado, foi consignado expressamente na manifestação da Procuradora Municipal subscritora de fls. 539/557, a adoção de providências objetivando a demolição dos acréscimos irregulares?. 18.Absolutamente desarrazoado, despropósito e desproporcional

às circunstâncias do fato, pois a manutenção da construção existente é viável, sem que se aniquile o direito de propriedade e a posse. 19.O crivo da razoabilidade e da proporcionalidade deve permear todas as idéias jurídicas. Não se derrubam prédios, que a ninguém prejudicam, e que embelezam o cenário arquitetônico da metrópole. Principalmente, como é o caso do edifício retratado nos presentes autos, eis que solidamente bem construído. 20.A obra já está acabada, havendo, inclusive, informação nos autos que o edifício já está ocupado (cfr. fls. 608/641). Se ao proprietário não é lícito desconhecer o Código de Obras e respectivas normas edilícias, também não é lícito à Municipalidade, que se descurou das providências impeditivas de seu descumprimento, negar a regularização da obra depois de concluída. 21.Além disso, deveria a Municipalidade ter se utilizado do seu poder de polícia, e providenciado o embargo da obra durante a construção. Não o fazendo, restou evidente sua displicência no exercício do seu poder de polícia. 22.Bem por isso, constatada a incuria do administrador, de modo a onerar substancialmente o erário público, essa circunstância constitui, em tese, ato de improbidade administrativa de responsabilidade pessoal dos administradores. 23.Enfim, o autor faz jus ao reconhecimento do seu direito de ver regularizadas as áreas excedentes da construção do Edifício Plaza Iguatemi, com fundamento nas disposições da Lei Municipal nº 13.558/03, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Municipal nº 13.876/04, mediante o pagamento da outorga onerosa a ser calculada pela requerida, sobre a área de 7.158,35 m² (fl. 516). 24.Aliás, inexistente impugnação específica da Municipalidade sobre essa metragem (7.158,35 m² - fl. 516) e nem sobre a área total de 35.908,25 m² (fl. 369) constante do alvará de execução, devendo a requerida expedir a respectiva guia de recolhimento da outorga onerosa, e a final declarada a regularidade da totalidade da construção. 25.A suspensão definitiva dos efeitos da decisão administrativa reproduzida a fl. 434 (indeferimento do pedido de regularização) é resultado da conclusão lógica do raciocínio ora exposto. 26.Não é o caso de nesta fase cognitiva fixar multa no caso de eventual inadimplência por parte da requerida. 27.Considerando-se que a perícia judicial não foi concluída, mas a operosa perita oficial nomeada chegou a executar parte dos trabalhos (fls. 700/711), serão arbitrados seus salários definitivos, de modo a remunerá-la de forma justa, os quais serão descontados do depósito existente nos presentes autos (fl. 650). 28.POSTO ISSO, julgo procedente a presente ação ajuizada por CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PLAZA IGUATEMI em face da MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, para os fins acima especificados, tornando definitiva a suspensão dos efeitos da decisão administrativa reproduzida a fl. 434, arcando a requerida com as custas e despesas processuais, sendo que os honorários definitivos da perita judicial são fixados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Arcará, ainda, a requerida com a verba honorária, fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a teor do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. 29.Comunique-se o teor desta sentença ao eminente Desembargador ANTONIO CARLOS MALHEIROS, da Colenda 3ª Câmara de Direito Público, para conhecimento nos autos do Agravo de Instrumento nº 607.709-5/0-00. 30.Após o processamento de eventuais recursos voluntários, os presentes autos subirão à Superior Instância, para reexame obrigatório. P. R. I. C.

Irresignadas, recorreram as partes: a Municipalidade interpôs recurso visando a reforma da Sentença e o Condomínio pretendeu a majoração da verba honorária relativa à sucumbência.

Por meio de acórdão proferido no âmbito da Apelação nº 671.846-5/8-00 (doc. nº 03), a 3ª. Câmara de Direito Público deu provimento ao recurso do Condomínio para majorar a condenação às verbas de sucumbência de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para 10% do valor da causa. Além disto, negou-se provimento ao recurso da Municipalidade.

O V. Acórdão julgou “inválido” o art. 18 do Decreto Municipal nº 45.324/03, que regulamentou a Lei Municipal nº 13.876/04, permitindo, desta maneira, a regularização de área construída em coeficiente superior a “4.0”.

Foram opostos embargos de declaração, aos quais foram rejeitados (doc. nº 04).

Contra o V. Acórdão foram interpostos Recurso Especial e Extraordinário, que tiveram seu seguimento indeferidos, motivando a interposição de Agravos.

A ambos os agravos negou-se provimento, o que motivou o trânsito em julgado da decisão, o que se deu em 15 de outubro de 2009. (doc. nº 05)

2 - O CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

O artigo 485 do Código de Processo Civil consigna os requisitos para o ajuizamento da ação rescisória:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
 (...)

 V - violar literal disposição de lei;

Assim, a princípio, cabível a ação rescisória para os casos de sentenças de mérito transitadas em julgado, desde que presente alguma das hipóteses elencadas nos incisos de I a IX do artigo referido.

O V. Acórdão atacado ao julgar “inválida” a norma do art. 18 do Decreto nº 42.324/08, que regulamentou a Lei Municipal nº 13.876/04, violou o Plano Diretor do Município de São Paulo (artigos 3º e 32, § 2º, ambos da Lei Municipal nº 10.676/88), cujos parâmetros foram adotados pela legislação superveniente, em especial, a disciplinadora das Operações Urbanas (v.g. art. 5º, inciso VI, da Lei Municipal nº 11.732/97, que instituiu a Operação Urbana Faria Lima).

Assim, claro está o atendimento aos requisitos necessários ao ajuizamento da ação rescisória.

3 - O TERMO A QUO DO PRAZO DECADENCIAL E A DECISÃO A SER RESCINDIDA

Dispõe o art. 495 do CPC que *o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.*

No caso em voga, referido prazo se iniciou com o trânsito em julgado da r. decisão que negou provimento ao agravo regimental que negou seguimento ao recurso extraordinário, publicada em 16 de setembro de 2009. O respectivo trânsito em julgado ocorreu em 15 de outubro de 2009 (doc. 05).

Portanto, sendo o termo *ad quem* para interposição desta ação rescisória o dia 16 de outubro de 2011, vislumbra-se a sua tempestividade.

4 - DA COMPETÊNCIA DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Apresenta-se inequívoca a competência deste E. Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento desta ação rescisória, vez que a decisão que se pretende rescindir é o acórdão proferido por este mesmo órgão do Poder Judiciário, proferido em sede da Apelação nº 671.846-5/0-1

Em justificação, nos valem os magistérios do notável José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, pág. 201 à 203:

“No que respeita aos tribunais dos Estados, onde exista um só, nenhuma dúvida surge quanto à sua competência para as ações rescisórias dos acórdãos que profira e das sentenças de juízos estaduais de primeiro grau .

Um ponto é oportuno lembrar aqui, porque relevante ao ângulo da competência. Quando o órgão ‘ad quem’ não conhece de algum recurso interposto, por entendê-lo inadmissível, sendo originária a causa da inadmissibilidade, isso significa que, se nenhum outro óbice exista, a decisão recorrida transitou em julgado, a despeito da interposição: recurso inadmissível é recurso a que não estava sujeita a decisão, e portanto não tinha força para impedir o trânsito em julgado ...

Afere-se a competência à luz daquilo que o autor diz na inicial. Se aí se aponta como rescindenda a decisão do tribunal x, a este competirá a causa, nada importando que porventura se devesse ter pleiteado a rescisão de acórdão do tribunal y ...”

Neste sentido, a Jurisprudência do STF:

“Agravamento regimental. Ação rescisória. Pedidos independentes. Provedimento de apenas um deles pelo acórdão rescindendo. Conhecimento da rescisória nesta corte quanto aos outros pedidos. Impossibilidade. Efeito substitutivo. Art. 512, do CPC. Capítulos da sentença. Súmula 249. Inaplicabilidade.

1. O provedimento, pelo acórdão rescindendo, de um dos pedidos da ação principal não é suficiente para atrair a competência desta Corte para o julgamento de outros pedidos independentes, que sequer foram conhecidos.

2. A decisão rescindenda substitui o acórdão prolatado pelo tribunal de origem somente quando o recurso é conhecido e provido. O efeito substitutivo previsto no art. 512 do CPC não incide sobre os pedidos não conhecidos pelo acórdão rescindendo. Precedente (RE nº 194.382, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ. 25.04.2003).

3. A decisão rescindenda, no capítulo em que não conhece do recurso extraordinário, não opera o efeito substitutivo do art. 512 do CPC. A questão de mérito a ser impugnada por meio de ação rescisória não se encontra na decisão proferida por esta Corte – que é meramente processual no ponto pertinente –, mas no acórdão prolatado pelo tribunal de origem. Não há falar-se, pois, na aplicação da súmula n. 249. Precedente (AC. N. 112, Rel. min. Cesar Peluso, DJ. 04.02.2005)” (Ag. Reg. Na Ação Rescisória 1.800-1 – São Paulo – Rel. Min. Eros Grau).

Portanto, entende-se ser este E. Tribunal de Justiça paulista o competente para o processamento e julgamento desta rescisória, destacando-se que a decisão materialmente rescindível é o acórdão proferido em sede de Apelação nº 671.846-5/0-1.

5. A LEGISLAÇÃO DISCIPLINADORA DA ANISTIA

A Lei Municipal nº 13.558/03 foi elaborada visando à regularização das edificações concluídas até 13 de setembro de 2002 – data do início da vigência do Plano Diretor - que estivessem em desacordo com a legislação de uso e ocupação do solo, no que concerne aos recuos, taxa de ocupação do lote e coeficiente de aproveitamento, mas que abrigassem usos permitidos na zona onde se encontravam situados.

Opondo-se à referida norma, o Ministério Público do Estado de São Paulo promoveu uma ação civil pública (autos nº 053.03.025.922-6) objetivando, em síntese, a suspensão da aplicação da Lei Municipal nº 13.558/03 e, por via de consequência, dos Decretos nº 43.383/03 e 43.849/03, por reputar que tais textos legais afrontavam a Constituição da República, o Código Civil, o Estatuto da Cidade, Lei Orgânica do Município e a própria Lei Municipal nº 13.340/02 que instituiu o Plano Diretor Estratégico e o Sistema de Planejamento e Gestão do Desenvolvimento Urbano do Município de São Paulo, diante dos critérios estabelecidos para anistiar edificações irregulares.

Diante da impossibilidade de deferir inúmeros pedidos de regularização de edificação, com fundamento na lei nº 13.558/03, por força da liminar concedida no bojo da citada ação civil pública (autos nº 2539/053.03.025922-6 da 10ª V.F.P.), gerando incerteza e insegurança dos munícipes quanto à solução dos seus requerimentos, a Municipalidade de São Paulo, por meio do Secretário Municipal da Habitação e Desenvolvimento Urbano, entrou em tratativas com o Ministério Público, com vistas a tentar dirimir eventuais dúvidas sobre a aplicação da mencionada lei e, assim, superar o impasse existente.

A Administração Municipal concluiu, ao final, que para evitar distorções na aplicação da lei de anistia, evitando interpretações que ampliassem o excepcional objeto de anistiar edificações irregulares, bem como visando solucionar a lide discutida naqueles autos, alguns de seus dispositivos deveriam ter a redação alterada.

Nesse contexto, foi elaborado e encaminhado à Câmara Municipal projeto de lei contemplando as sugestões apresentadas, o qual, após regular aprovação, ensejou a promulgação da Lei Municipal nº 13.876 de 23/07/04.

A ação civil pública foi então extinta, restando reconhecida a perda superveniente do objeto.

Em cumprimento à legislação municipal, para viabilizar a aplicação da Lei nº 13.876/04, foi editado o Decreto Municipal nº 45.324/04, restando respeitada a perfeita consonância com o sistema urbanístico vigente, consagrado no Estado da Cidade e no Plano Diretor do Município de São Paulo.

6. A LEGALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO

Insurgiu-se o Condomínio contra a regulamentação conferida pelo Decreto Municipal n.º 45.324, de 24 de setembro de 2004 à Lei Municipal n.º 13.876, de 23 de agosto de 2004. Alegou, em síntese que o Decreto teria efeito restritivo em relação às disposições legais.

As afirmações do Condomínio, a despeito de encontram-se divorciadas da análise dos outros diplomas legais que integram o ordenamento urbanístico, em especial a Lei Federal n.º 10.257/01 (Estatuto da Cidade) e o Plano Diretor Estratégico, encontraram eco na R. Sentença.

O entendimento adotado não pode prevalecer, como passaremos a demonstrar.

6.1 PREMISSAS CONCEITUAIS

O conceito de plano diretor está definido no artigo 2º da Lei Municipal nº 13.430/02, que assim dispõe:

“Art. 2º O Plano Diretor Estratégico é instrumento global e estratégico da política de desenvolvimento urbano, determinante para todos os agentes públicos e privados que atuam no Município.”

Na lição do Prof. José Afonso da Silva¹, é um plano porque estabelece os objetivos a serem atingidos. É diretor, porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano municipal.

Em outros termos, cabe ao Plano Diretor definir, no âmbito municipal, os limites, as faculdades e as obrigações envolvendo a propriedade urbana, partindo de um amplo processo de leitura da realidade local, que envolve os mais variados setores da sociedade, notadamente a população excluída das áreas nobres da Cidade.

De acordo com a norma do art. 182, §1º, da Constituição da República, "*o Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana*".

Nessa esteira, a Lei Orgânica do Município de São Paulo dispõe:

Art. 150 - O Plano Diretor é o instrumento global e estratégico da política de desenvolvimento urbano e de orientação de todos os agentes públicos e privados que atuam na cidade.

§ 1º - O Plano Diretor deve abranger a totalidade do território do Município, **definindo as diretrizes para o uso do solo** e para os sistemas de circulação, condicionados às potencialidades do meio físico e ao interesse social, cultural e ambiental.

§ 2º - *omissis*

¹ Direito urbanístico Brasileiro, 3ª ed., Malheiros, 2000, p.133/143

Art. 151 - A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de legislação urbanística dele decorrente.

§1º - Para assegurar o cumprimento da função social da propriedade o Município deverá:

I - **prevenir distorções e abusos no desfrute econômico da propriedade urbana e coibir o uso da terra como reserva de valor;**

II - **assegurar o adequado aproveitamento, pela atividade imobiliária, do potencial dos terrenos urbanos**, respeitados os limites da capacidade instalada de serviços públicos;

III - assegurar a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços de infra-estrutura urbana e recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público;

§2º - **O direito de construir será exercido segundo os princípios previstos neste Capítulo e critérios estabelecidos em lei municipal.**

Portanto, as diretrizes de aproveitamento do solo urbano são fixadas pelo Plano Diretor. Toda a legislação correlata deve observar os princípios, diretrizes e instrumentos adotados pelo Plano Diretor do Município.

Desta maneira, a legislação que concede anistia às edificações deve, sem sombra de dúvida, subsumir-se às diretrizes do Plano Diretor Estratégico.

Cumprido destacar, outrossim, que as Operações Urbanas Consorciadas, previstas em lei municipal específica, baseada no plano diretor (artigo 32 do Estatuto da Cidade), podem autorizar, dentre outras medidas, a modificação de índices urbanísticos, concedendo benefícios que constituem exceções às normas da legislação municipal de zoneamento urbano.

Fixados, portanto, os parâmetros norteadores da disciplina urbanística no Município de São Paulo, referentes às normas de concessão de anistia de edificações que tenham sido objeto de aprovação de Operações Urbanas.

6.2 A LIMITAÇÃO DO COEFICIENTE DE APROVEITAMENTO MÁXIMO

A R. Decisão recorrida entende ser passível de derrogação a aplicação do coeficiente de aproveitamento (CA) 4,0 (quatro) para as edificações objeto de Operações Urbanas com área superior a 500,00m².

Ora, entende-se por **coeficiente de aproveitamento (CA)** a relação numérica entre a área edificada, excluída a não computável, e a área do lote. Vale dizer, o coeficiente de aproveitamento é um índice que, multiplicado à área do lote, permite verificar-se, em cada caso, qual poderá ser a área edificada sobre o terreno.

Com vistas a disciplinar o adequado uso da propriedade, de forma a evitar as deseconomias do processo de urbanização, a legislação estabelece limites máximos e mínimos ao aproveitamento do lote. Têm-se, com isto, a definição do **coeficiente de**

aproveitamento mínimo, destinado a garantir que a propriedade urbana não seja subutilizada; o **coeficiente de aproveitamento básico**, gratuito por ser resultante do aproveitamento inerente ao direito de propriedade e, por último, o **coeficiente de aproveitamento máximo**, correspondente ao teto de aproveitamento do solo urbano.

Todo aproveitamento acima do coeficiente básico é objeto de outorga, devendo ser cobrado e o valor revertido em favor da cidade.

O **Coeficiente de Aproveitamento Máximo (CA)** equivalente a 4,0 (quatro) foi fixado pelo anterior Plano Diretor do Município de São Paulo (artigos 3º e 32, § 2º, ambos da Lei Municipal n.º 10.676/88) e adotado pela legislação superveniente, em especial, a disciplinadora das Operações Urbanas (v.g. art. 5º, inciso VI, da Lei Municipal n.º 11.732/97, que instituiu a Operação Urbana Faria Lima).

O coeficiente de aproveitamento máximo igual a 4,0 (quatro) foi mantido pelo atual Plano Diretor Estratégico (Lei 13.430, de 13 de setembro de 2002), inclusive para as operações urbanas:

Art. 226 - Nas áreas de Operações Urbanas Consorciadas, a serem definidas por lei específica, ficam estabelecidos os seguintes coeficientes de aproveitamento:

I - mínimo: 0,2 (dois décimos)

II - básico: correspondente ao definido nesta lei para a zona em que se situam os lotes;

III - máximo: 4,0 (quatro)

Consoante as claras diretrizes do Plano Diretor Estratégico, o aproveitamento máximo permitido no Município de São Paulo é igual a 4,0 (quatro) vezes a área do terreno.

De outra parte, o Plano Diretor Estratégico (PDE) não permitiu ao legislador municipal o estabelecimento de exceções à regra estabelecida quanto ao aproveitamento dos imóveis. Ao contrário, a norma do art. 189 da Lei Municipal n.º 13.430/02 (PDE) estabeleceu que a legislação de uso e ocupação do solo poderia estabelecer índices de aproveitamento "mínimos superiores e máximos inferiores aos estabelecidos". Vale dizer, deixou-se ao legislador a possibilidade de modificar, em determinados casos, os índices mínimo e máximo, respeitados os limites fixados pelo Plano Diretor (aproveitamento mínimo = 0,4 e aproveitamento máximo = 4,0).

Tais valores, conquanto idênticos àqueles já disciplinados pela legislação anterior, entraram em vigor em 02 de janeiro de 2003 (art. 300 do PDE). Portanto, quando da edição da legislação instituidora da anistia, os valores ora explicitados eram os vigentes.

Não poderia, portanto, a legislação mencionada (Lei Municipal n.º 13.876/04) pretender derrogar, ainda que por via indireta, os limites estabelecidos no Plano Diretor Estratégico, sob pena de ilegalidade da lei instituidora da anistia.

Com efeito, a análise atenta da Lei Municipal n.º 13.876/04 conduz o intérprete a conclusão diversa daquela apontada pelo V. Acórdão rescindendo.

A Lei Municipal n.º 13.876/04 ao distinguir, nas normas do *caput* e § 8º, ambos do artigo 12, situações diversas para os imóveis passíveis de anistia, beneficiados ou não por operações urbanas, não pretendeu dispensar as edificações beneficiadas por Operações Urbanas dos limites de aproveitamento máximo fixados para toda a cidade. Este entendimento, aliás, implicaria ofensa ao Princípio da Isonomia, por poder permitir que imóveis já beneficiados com o acréscimo do coeficiente de aproveitamento em decorrência de operação urbana, viessem a beneficiar-se novamente, do mesmo benefício já usufruído, em razão da anistia.

O estabelecimento de regras diversas para as hipóteses previstas no *caput* e no §8º, ambos do artigo 12, visou, ao contrário do que sustenta o Condomínio, agravar financeiramente o munícipe que já é beneficiário da ampliação do coeficiente de aproveitamento do terreno em virtude de operação urbana e, mesmo assim, excedeu os limites de construção no lote.

Tal é o sentido da distinção criada pelo legislador. Não se pretendeu, em nenhum momento, permitir a anistia da edificação acima do coeficiente de aproveitamento máximo estabelecido pelo Plano Diretor Estratégico.

A menção à observância ao coeficiente de aproveitamento máximo, ao nosso ver, é despicienda, dada o caráter cogente e vinculante da norma para o legislador, consoante a clara dicção do art. 189 do Plano Diretor Estratégico.

Portanto, a falta de referência do coeficiente de aproveitamento máximo na norma do §8º do artigo 12 não pode ser considerada como desvinculação dos limites estabelecidos pelo Plano Diretor.

A título de ilustração, apresentamos histórico da legislação relativa ao uso e ocupação do solo urbano, por meio do qual é possível constatar-se que o coeficiente de aproveitamento (CA) sempre foi limitado a 4,0 desde que concebido o zoneamento na cidade de São Paulo. Este limite obedeceu, deste modo, uma coerência intrínseca na evolução da legislação urbanística de São Paulo, consoante se pode verificar do quadro a seguir, elaborado pela D. Procuradora Liliana Marçal:

HISTORICO DO COEFICIENTE DE APROVEITAMENTO MÁXIMO	
Lei n° 7.688/71	Dispõe sobre a instituição do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado PDDI-SP
Art. 22	Define as características de cada zona de uso Z1 a Z8 e o CA para cada zona, sendo p/a Z5 CA Max. 4,0
Lei n° 7.805/72	Dispõe sobre o parcelamento, uso e ocupação do solo no Município de São Paulo.
Art.19 - § 1º Art.24.	Estabelece que os índices das zonas de uso Z1 aZ8 são os constantes nos Quadros 2 e 5 anexos, com a possibilidade de alcançar o CA 4,0 com a aplicação da formula, reduzindo a taxa de ocupação para as zonas de uso Z3,Z4 e Z5

Lei nº 8.001/73	Altera e complementa a Lei nº 7.805/72, substitui os Quadros 2 e 5 pelos Quadros 2A e 5A
Leis de Incentivo	Estabelecem CA maiores para as zonas de uso: Z3, Z4 e Z5 até 6,0
Turismo Lei nº 8.006/74 - Hotéis de Lei nº 8.076/74 – Hospitais Lei nº 8.211/75 – Escolas	
Lei nº 8.328/75	Cria as zonas Z8 e Zonas Z9 a Z12
Art.7º	Aprova os planos de urbanização, perímetros: Santana, Jabaquara e Liberdade, admitindo para estas áreas o CA 4,0
Art.25	Admite para as zonas Z10 e Z12 aumentar o CA até 4,0 com a redução da taxa de ocupação.
Lei nº 8.769/78	Institui as zonas Z13 a Z16 e outras Z8
Lei nº 8.848/78	
Art. 7º	Altera a formula do calculo do CA para atingir 4,0 nas zonas Z10 e Z12
Lei nº 9.049/80	Cria as zonas Z17 e Z18
Lei nº 9.094/80	Da diretrizes para urbanização da zona metro leste, trechos Brás – Bresser com CA Max.4,0 (Posteriormente revogado pela Lei nº 11.158/91 Passando a integrar a Z2, Z3 e Z19)
Lei nº 10.209/86	Operações interligadas, revogada pela Lei nº 11.773/95
Lei nº 10.676/88	Plano Diretor
Art.30	Limita a 4,0 o CA máx. por lote no Município de São Paulo.
Lei nº 11.090/91	Operação Urbana Anhangabaú
Art.3º e 6º	Prevê a modificação de índices e admite o potencial construtivo igual a 6,0 (Posteriormente alterada pela lei nº 12.349/97)
Lei nº 12.349/97	Operação Urbana Centro
Art.3º	Mantém o índice 6,0 Os art. 6º e 7º são declarados inconstitucionais, que dispõe sobre a transferência de potencial fora da área da OP.
Lei nº 11.732/95	Operação Urbana Faria Lima
Art. 14	Observa o limite de 4,0
Lei nº 11.773/95	Operações interligadas Observa o limite de 4,0
Lei nº 11.774/95	Operação Urbana Água Branca Não explicita qualquer limitação do CA
Lei nº 13.430/02	Plano Diretor Estratégico – PDE
Art.165	Fixa o CA max. para as ZM 4,0 Quadro 18 CA max. 4,0
Art. 226	Fixa o limite do CA max. de 4,0 nas Operações Urbanas Consorciadas.
Lei nº 13.885/03	Disciplina e Ordena o Parcelamento, Uso e

	Ocupação do Solo- LUOS
Art.188	Os índices de aproveitamento são os constantes nos Quadros 4 dos livros anexos dos Planos Regionais.

6.3 O CONCEITO LEGAL DE ÁREA TOTAL CONSTRUÍDA

A norma do art. 4º da Lei Municipal n.º 13.876/04 regulou as hipóteses em que não se admite a anistia das edificações. Dentre as situações descritas, previu-se o seguinte:

Art. 4º - Não serão passíveis de regularização para os efeitos desta lei as edificações que:

(...)

IV - tenham sido objeto de Operações Urbanas definidas por lei em vigor na data da publicação desta lei, nas seguintes situações:

(...)

e) quando ultrapassarem os 20% (vinte por cento) da área total construída constante no Alvará de Execução do projeto aprovado que vinculou a certidão de SEMPLA.

No exercício do poder regulamentar fez-se constar do Decreto Municipal a explicitação do conceito adotado pelo legislador, por meio de remissão às áreas computáveis e não computáveis.

O esclarecimento da norma, ao contrário do que pretende crer o Apelante, não teve caráter restritivo de seu conteúdo, como se verá.

A Lei n.º 13.876/04, ao utilizar-se do conceito de "área total construída", considera-a como "a soma das áreas cobertas de todos os pavimentos de uma edificação", considerada como a somatória entre a "área construída computável" e a "área construída não computável".

Tais conceitos encontram-se explicitados no texto da norma do art. 146, incisos I a III do Plano Diretor Estratégico:

Art. 146 - Para os efeitos desta lei, as seguintes expressões ficam assim definidas:

I- Área Construída Computável é a soma das áreas cobertas de todos os pavimentos de uma edificação, que são consideradas para o cálculo do coeficiente de aproveitamento;

II- Área Construída Total é a soma das áreas cobertas de todos os pavimentos de uma edificação;

III- Área Construída Não Computável é a soma das áreas cobertas de uma edificação, não consideradas para o cálculo do coeficiente de aproveitamento, nos termos do disposto na legislação pertinente."

Portanto, o Decreto n.º 45.324/04, ao regulamentar a norma do art. 4º, inciso IV, alínea "e" da Lei Municipal n.º 12.876/04 em nada inovou. Ao contrário, socorreu-se das definições constantes do Plano Diretor Estratégico para aclarar o conceito utilizado pelo legislador.

Acrescente-se que, a despeito de se tratar de conceito trazido pelo Plano Diretor Estratégico, a referência à "Área Construída Total", como somatória das áreas computáveis e não computáveis não é nova.

O Decreto n.º 15.980/79 e a Portaria SEHAB 61/80, que disciplinavam, enquanto vigentes, a forma de apresentação de projetos arquitetônicos, com vistas à instrução do respectivo processo de aprovação, já continham como anexo, o formulário para a formatação do "Quadro Demonstrativo de Áreas".

O referido quadro, ao contemplar a denominada "área construída", considera-a como a exata somatória entre as áreas "computável" e "não computável".

Trata-se de uma praxe hoje mantida, segundo a qual, quando o projeto arquitetônico é submetido à aprovação, o respectivo Alvará deve considerar o quadro de áreas constante das representações gráficas apresentadas pelo interessado.

Destarte, no próprio Alvará de Aprovação e Execução irão constar, discriminadas, as áreas computáveis e não computáveis. A partir da aprovação e da expedição deste Alvará, tais dados passam a ter caráter oficial e serão balisadores de todos os demais atos relacionados ao processo de aprovação.

Por este motivo, quando da incidência de anistia, são estes os parâmetros que deverão ser levados em consideração quando da análise do pedido.

Não houve, portanto, inovação quer quanto ao conteúdo do texto legal, quer em relação aos conceitos em vigor e já incorporados à praxe.

7. A NORMA JULGADA INEFICAZ APESAR DA DECLARAÇÃO DE SUA CONSTITUCIONALIDADE EM ADIN

A Lei 9.868/99 atribui às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

No âmbito da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 118.470.0/0, o Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo (SECOVI), pleiteou a obtenção de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 7º, inciso IV, letra "d" e 18 do Decreto Municipal n.º 45.324/04, sob alegação de pretensa e não demonstrada violação à Constituição Estadual. Trata-se da mesma discussão travada neste processo.(doc. n.º 06)

Para tanto, sustentou-se que os indigitados dispositivos teriam restringido o benefício de regularização de edificações erigidas em dissonância com o projeto aprovado, referente a Operações Urbanas, isto é, que já tivessem obtido possibilidade de excepcionar a legislação de uso e ocupação do solo por força de Operações Urbanas.

O E. Tribunal de Justiça, julgou improcedente a pretensão deduzida pelo Sindicato, sob os seguintes fundamentos:

Conforme se pode verificar, discute-se aqui o confrontamento do Decreto nº 45.324/2004 com a Lei Municipal nº 13.558, de 14 de abril de 2003, chamada de "Lei da Anistia", complementada pela Lei Municipal nº 13.876, de 23 de julho de 2004.

Ora, pretende-se, assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, Decreto, mediante o exame de outra norma infraconstitucional, Leis Municipais, o que não é admitido por meio desta ação direta.

O Decreto impugnado, nº 45.324/2004, não é norma de efeitos temporários, porque fixava prazo para o protocolamento, do pedido de regularização de imóvel (anistia), este sim, já vencido, mas continua a produzir efeitos para a avaliação dos pedidos formulados, tempestivamente.

Afirmou-se que o Decreto nº 45.324/2004 afrontou os artigos 111, 144, 180, incisos I e V, 180, incisos I e V, 181 e 182 da Constituição do Estado de São Paulo.

Tal não ocorre, inclusive em relação ao artigo 5º da Carta Paulista.

A simples leitura dos artigos constitucionais Paulista demonstra que os mesmos não se aplicam ao caso vertente.

Ademais, acolhe-se como razão de decidir os doutos fundamentos de fls. 166/173, para que não se incorra em vício tautológico processual.

Quer-se, sem sombras de dúvidas, o enfrentamento dos artigos, já citados, do Decreto Regulamentador nº 45.324/2004, com as Leis Municipais de anistia, nº 13.558 e nº 13.876/2004.

Pelo exposto, julgam a ação improcedente.

Com efeito, o Regimento Interno do E. Tribunal, com fundamento na norma do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99, assegura às ações diretas de inconstitucionalidade o efeito vinculante do seguinte modo:

Art. 658. Proclamada a constitucionalidade do texto legal ou do ato normativo questionado, ou não alcançada a maioria prevista no dispositivo constitucional, a argüição será julgada improcedente.

(...)

§ 2º A decisão declaratória ou denegatória da inconstitucionalidade, se for unânime, constituirá, para o futuro, decisão vinculativa para os casos análogos, salvo se o órgão julgante, por motivo relevante, considerar necessário provocar nova manifestação do Órgão Especial sobre a matéria.

A questão ora posta nos autos evidencia um aspecto fundamental: houve vulneração do efeito vinculante da decisão proferida nos autos da referida ADIN 118.470.0/0 pela C. Câmara e, ao assim decidir, o V. Acórdão ofendeu, de forma direta o comando do parágrafo único do art. 28 de Lei Federal nº 9.868/99.

Vale notar que a tese analisada no âmbito da ADIN guarda completa identidade em relação ao caso ora discutido, motivo pelo qual a eficácia vinculante é de aplicação obrigatória.

Contudo, ainda que assim não se entendesse, é se ver que o alcance do efeito vinculante das decisões não está limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados **fundamentos determinantes**.

Nesse passo, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta*.

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de asseverar, na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, **que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão.** Confira-se, a respeito, STF, RCL 2.363/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/04/2005, bem assim todas as reclamações propostas no STF por força de descumprimento do que decidido nos autos da ADI 1.662/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/09/2003.

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

Portanto, sob qualquer fundamento que se analise a questão, é evidente o caráter vinculante da Decisão proferida no âmbito da ADIN 118.470.0/0 em relação ao presente feito, que discute a mesma tese, qual seja, a aplicabilidade da norma do art. 18 do Decreto nº 45.324/04.

8. A SITUAÇÃO DO IMÓVEL DO CONDOMÍNIO:

A edificação em análise está localizada na Av. Brigadeiro Faria Lima, classificada no zoneamento como Zona Mista, integrante do antigo corredor denominado Z8-CR3, para o qual o Plano Diretor define:

“Art. 165 – Na Zona Mista – ZM, ficam estabelecidos os seguintes coeficientes de aproveitamento:

.....

c) máximo igual a 1,0 (um) nas atuais zonas Z9, igual a 2,0 (dois) nas atuais zonas Z11, Z13, Z17 e Z18, igual a 2,5 (dois e meio) nas atuais zonas Z2 e Z 8-060 01 e 03, e igual a 4,0 (quatro) nas atuais zonas Z3, Z4, Z5, Z8-007 04, 05, 08, 10, 11, 12 e 13, Z10, Z12, Z19 e corredor Z8-CR3”.

O Plano Diretor Estratégico define que para o local onde se encontra a edificação o coeficiente máximo de aproveitamento é 4,0 (quatro), não cabendo a regularização de área que implique no desrespeito a este índice, sob pena de se tornar inócuo o mais importante instrumento de planejamento do uso e ocupação do solo urbano.

O pedido de regularização feito pelo Condomínio foi realizado após o advento da Lei 13.876/04, já regulamentada pelo Decreto 45.324/04, que determina o atendimento ao coeficiente máximo de aproveitamento de 4,0 (quatro) previsto pelo Plano Diretor Estratégico.

A norma do art. 12 da Lei 13.558/03 foi alterada pela Lei 13.876/04 para que se afastasse qualquer impugnação de ilegalidade da lei de anistia por desrespeito ao Plano Diretor, determinando-se expressamente o coeficiente máximo de aproveitamento em 4,0 (quatro). Tal alteração compatibilizou o coeficiente máximo de aproveitamento previsto no Plano Diretor com os requisitos de regularização das edificações constantes da Lei nº 13.558/03.

O art. 12, *caput*, da Lei nº 13.558/03 prevê que para edificações com mais de 500,00 m² de área construída computável, será paga outorga onerosa sobre o excedente, observando-se o coeficiente de aproveitamento máximo de cada zona, limitado a 4,00 (quatro). O parágrafo 8º do art. 12 determina que se a edificação for oriunda de Operação Urbana e tiver área construída total superior a 500,00 m², sempre será devida a outorga onerosa, ainda que respeitado o coeficiente máximo de aproveitamento. Tal parágrafo tão somente determinou a forma de cálculo da outorga onerosa em casos de Operações Urbanas, respeitando-se os limites e coeficientes impostos pelo *caput* do art. 12, ou seja, índice máximo de aproveitamento de 4,00 (quatro).

Tal situação é necessária, já que os imóveis oriundos de operações urbanas já gozaram de um benefício urbanístico anterior, não podendo gozar de um novo benefício, ou seja, não aplicação de coeficiente máximo de aproveitamento de 4,00, imposto pelo Plano Diretor Estratégico. Entendimento em sentido contrário afronta o princípio da isonomia e da razoabilidade, já que haveria munícipes beneficiados duplamente em prejuízo daqueles que devem seguir o Plano Diretor.

A prevalecer o entendimento exposto pelo V. Acórdão atacado, as edificações beneficiadas por operações urbanas poderiam regularizar acréscimos irrestritos, não se aplicando a estes casos o Plano Diretor.

Ademais, a Lei de Anistia é norma de exceção e, portanto, deve ser interpretada restritivamente.

As regras impostas pela Lei 13.558/03, alterada pela Lei nº 13.876/04, foram tão somente regulamentadas pelo Decreto nº 45.324/04, não criando qualquer restrição nova ao direito de regularização das edificações.

Sendo assim, não há que se falar em inexistência de fundamento para o ato administrativo impugnado. Ao contrário, decorreu da legítima aplicação da Lei de Anistia e do Plano Diretor Estratégico. A esse respeito, pedimos vênias para nos reportar ao parecer da lavra da Sra. Procuradora Liliana de Almeida Marçal, já anexado a estes autos.

De tais fatos, comprovados pelos documentos ora encartados, deflui a correção e a legalidade dos atos praticados pela Municipalidade em relação ao Condomínio.

9 - DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

9.1 A TUTELA ANTECIPADA

O advento da assim denominada “reforma processual de dezembro de 1994” trouxe ao ordenamento jurídico nacional o instituto da antecipação de tutela por meio da modificação do artigo 273 do C. P. C. que na dicção dada pelo artigo 1º da Lei 8.952/94 passou a vigorar com a seguinte redação:

" Artigo 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verosimilhança da alegação e :

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu."

Em sua obra consagrada, Luis Guilherme Marinoni ²“ ressalta a importância da criação do instituto:

“A tutela antecipada, agora expressamente prevista no Código de Processo Civil (art. 273), é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A tutela antecipatória constitui instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação como, também, porque permite a antecipação da realização dos direitos no caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.”

A providência irá tomar a mesma função de liminar, com a diferença fundamental de que terá, desde logo, eficácia definitiva, e não de referibilidade a “processo principal” de cognição plena exauriente que se lhe diga.

O insígne Professor Cândido Rangel Dinamarco³, destaca, com percuciência as vantagens advindas com a adoção, por nosso regime processual civil, do instituto da tutela antecipatória:

“A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder – lhe – á o exercício do próprio direito afirmado pela autora. Na prática a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equiivale, mutatis mutandis, à diferença fundamental representada pela provisoriedade. ”

“A lei fala em antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, no pressuposto conceitual de que a tutela seja o próprio provimento a ser emitido pelo juiz. Antecipar os efeitos da tutela seria antecipar os efeitos do provimento, ou da sentença que no futuro se espera. Na realidade, tutela jurisdicional é a proteção em si mesma e consiste nos resultados que o processo projeta para fora de si e sobre a vida dos sujeitos que litigam. Ela coincide com os efeitos dos provimentos emitidos pelo juiz.

² A antecipação da tutela na reforma do Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 1.995, pág. 19.

³ A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros Editores, 3ª edição, revista ampliada e atualizada, 1996, págs. 141/142.

Beneficiar – se dos efeitos antecipados, como está na letra do art. 273, é precisamente beneficiar – se da tutela antecipada. ”

9.2 O CABIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES RESCISÓRIAS

É perfeitamente cabível a tutela antecipada no rito da ação rescisória. Neste sentido, a lição de Eduardo Arruda Alvim:

“Para nós, mesmo diante da redação anterior do art. 489, não havia qualquer dúvida quanto à plena compatibilidade entre o instituto da antecipação de tutela e a ação rescisória. Se é correto afirmar que a Constituição Federal garante a proteção contra ameaça de direito, e se, no caso concreto, chegamos à conclusão da provável procedência da rescisória, havendo ainda o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, a antecipação de tutela é perfeitamente cabível.” (“Antecipação de tutela” Juruá, 1ª edição, fls. 369)

No mesmo sentido o magistério de outros ilustres estudiosos:

“Em hipóteses excepcionais a tutela antecipatória pode obstar a execução do julgado rescindendo” (Nelson Nery Júnior – “Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante”, 8ª Ed. São Paulo, fls. 923)

“Vênia permitida, afigura-se perfeitamente viável, legal e produtivo a utilização de tutela antecipada nas ações rescisórias, posto que agora expressamente prevista no ordenamento jurídico processual e perfeitamente delimitado o seu raio de atividade. O argumento da intangibilidade da coisa julgada, perde seu vigor, ante à possibilidade legal manifesta do manuseio da ação rescisória (demanda de natureza cognitiva – processo de conhecimento), com possibilidade, portanto, da concessão, da tutela antecipada” (Cf. Lopes, Renan Kfuri. A tutela jurisdicional antecipada na ação rescisória. Seleções jurídicas da adv. Coad, p. 30, dez. 1995).

“Em caso de gravidade acentuada e de manifesta relevância da pretensão de rescindir a sentença contaminada por ilegalidade, a jurisprudência tem admitido, com acerto, medida cautelar com fito de suspender, liminarmente, a exequibilidade do julgado rescindendo. A partir, porém, da Lei 8.952/94, a medida adequada para se obter dita suspensão, quando presentes os requisitos do art. 273 do CPC, é a antecipação de tutela. Tornou-se, enfim, pacífico que a sentença, por se revestir da autoridade da coisa julgada, não gera efeitos imunes às medidas preventivas manejáveis em torno da ação rescisória.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 41ª ed., vol. I, p. 627).

Também, neste sentido é a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

“Ação rescisória. CPC, art. 489. Suspensão da decisão rescindenda. Tutela antecipada. Excepcionalidade. Pressupostos autorizadores. CPC, art. 273. Decisão deferitória. Verossimilhança da alegação. Existência. Agravo desprovido. 1 – Não obstante o disposto no art. 489 do Código de Processo Civil – ‘A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda’- o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser cabível, excepcionalmente, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em ação rescisória com o fito de suspender a execução da decisão rescindenda, desde que

presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil” (STJ – 3ª seção – Ag. Reg na Ar 2995/RS – Rel. Min Gilson Dipp)

“Agravo regimental. Ação rescisória. Suspensão da execução da decisão rescindenda. Verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável” (STJ – Agrg na AR 2130/SP – Rel. Min Paulo Gallotti)

“Processo Civil. Ação rescisória. Tutela antecipatória para conferir efeito suspensivo à sentença rescindenda. Cabimento. “Fungibilidade” das medidas urgentes. Fumus boni iuris. Inocorrência. Violação a literal disposição de lei. Interpretação controvertida nos Tribunais. Cabe medida cautelar em ação rescisória para atribuição de efeito suspensivo à sentença rescindenda. Se o autor, a título de antecipação de tutela requer providência de natureza cautelar, pode o juiz, presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado, em atendimento ao princípio da economia processual. Não há fumus boni iuris, requisito da suspensão da execução da sentença rescindenda, se a ação rescisória se funda em ofensa a literal disposição de lei e a sentença se baseou em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais” (STJ – Resp. 351766/SP, rel Min. Nancy Andrighi)

No mesmo sentido: STJ – 1ª Seção, AR. 1291 – Ag Reg., Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.08.04; STJ – 3ª T, Resp. 184.311, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 8.04.03.

9.3 O CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Como já se disse, dispõe o artigo 273 do CPC:

“Art. 273. O Juiz poderá a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.”

No presente caso há, de forma inequívoca, a verossimilhança, dado o teor do Acórdão preferido pelo Plenário desse E. Tribunal, no bojo da ADIN nº 118.470.0/0, por meio da qual o Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo (SECOVI), pleiteou a obtenção de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 7º, inciso IV, letra “d” e 18 do Decreto Municipal nº 45.324/04.

Ao analisar a questão, esse Tribunal julgou válidos os dispositivos atacados. Trata-se da mesma discussão travada neste processo.

Portanto, está suficientemente demonstrada verossimilhança da alegação.

O perigo de dano, ou, melhor dizendo, o *periculum in mora*, apresenta-se diante da irreversibilidade da providência. Com o trânsito em julgado da decisão, os autos foram remetidos à vara de origem para prosseguimento e o Condomínio já deu início à execução, pretendendo, mediante o pagamento da outorga onerosa, a regularização da edificação. (doc. nº 07)

Sendo assim, requer-se a concessão da antecipação dos efeitos da tutela nesta ação rescisória, para a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda até o final julgamento do feito.

10 - DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer a **antecipação dos efeitos da tutela**, nos termos do artigo 273 do CPC, para a **suspensão do cumprimento do acórdão rescindendo**, proferido em sede da Apelação nº 671.846.5/8. Requer ainda o recebimento e o regular processamento do presente, e, no mérito, com fulcro na fundamentação jurídica acima utilizada, com arrimo no permissivo legal existente no art. 485, V, do CPC, a rescisão do acórdão guerreado, em razão de a decisão haver sido proferida contra literal disposição de lei.

Requer-se, ainda:

1. A citação do Réu, nas pessoas de seu representante legal ou de quem possua poderes para tanto, para, querendo, responder aos termos da presente, no prazo legal, sob pena de revelia, acompanhando-a até a final decisão;

2. A condenação do Réu ao pagamento de custas, honorários advocatícios, despesas processuais e demais cominações legais.

Protesta-se pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas.

A autora requer, por fim, sejam conferidos ao Sr. Oficial de Justiça os benefícios a que alude o artigo 172 do Código de Processo Civil para o cumprimento das diligências.

Dá-se à causa, para fins de alçada, o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Nestes termos.

Pede procedimento.

São Paulo, 14 de setembro de 2011.

GLAUCIA SAVIN
Procuradora Municipal JUD. 11
OAB/SP – 98.749