

Apelação Cível nº 221.266-2/2

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 221.266-2/2, da Comarca de SÃO PAULO, em que é recorrente o JUÍZO EX OFFICIO, sendo apelante a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e apelados GERALDO APARECIDO DE FREITAS e OUTROS e CAERP - EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA.:

ACORDAM, em Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento aos recursos oficial e ao da Prefeitura para decretar a carência da ação.

1. GERALDO APARECIDO DE FREITAS e mais cento e cinquenta e seis autores ajuizaram ação cominatória contra a PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e a CAERP - EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA., alegando que são proprietários de lotes de terrenos situados na Vila Diana, adquiridos da segunda ré; referidos lotes fazem parte de área maior, lançada em nome de Paes de Barros S/A, empresa extinta por liquidação extrajudicial e Carlos Ernesto Pavinato; que tramita pela Secretaria da Habitação procedimento administrativo iniciado pelos autores, em que pedem o desmembramento e a regularização da área; a Municipalidade alega que a regularização depende de providências a serem adotadas pela CAERP, e esta, por seu turno, alega ter cumprido todas as exigências; as requeridas foram interpeladas judicialmente e nada fizeram; ao final pugnam pela procedência da ação, para que a Municipalidade forneça o devido desmembramento e cartela individualizada para pagamento do tributo e taxas devidos e para que a CAERP atenda na íntegra as posturas municipais, com a fixação de uma multa diária pelo descumprimento.

A final a ação foi julgada parcialmente procedente, condenando-se a Municipalidade a responder por multa diária, correspondente à metade do que foi pedido na vestibular, enquanto não regularizado o loteamento, custas, despesas e verba honorária fixada em 10% do valor atribuído à causa, sendo que metade deste valor caberá a CAERP; a ação foi julgada improcedente em relação a CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda. e improcedente o pedido de perdas e danos, por não comprovação das perdas.

2. Ao recurso oficial somou-se tempestiva apelação da Municipalidade,

que em preliminar, salienta a carência da ação, porquanto diante do parcelamento clandestino do solo, como ocorre no caso em tela, o poder público tem a faculdade e não o dever de promover a regularização, segundo critérios de conveniência e oportunidade; que tal providência incumbe ao parcelador e seus sucessores, por haverem auferido lucros com o empreendimento; no mérito salienta que é do loteador a responsabilidade pela regularização do loteamento e assim pede seja dado provimento ao apelo para o fim de condenar a empresa CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda. nos termos da inicial, a regularizar o loteamento atendendo as posturas municipais sob pena de multa diária, custas, despesas e honorários advocatícios.

Os autores não apelaram da sentença.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos.

É, em síntese, o relatório.

3. Preambularmente, saliente-se que a Prefeitura Municipal de São Paulo, em grau de recurso, após deduzir a preliminar de carência da ação, pediu, ao adentrar o mérito, a condenação da co-ré CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda. a satisfazer o pedido, qual seja, a regularização do loteamento. Não podia fazê-lo, evidentemente, por ser parte ilegítima para formular semelhante pedido. Aos autores é que cabia formular esse requerimento, mas estes conformaram-se com a sentença, não apelaram pedindo a condenação da loteadora, de tal forma que esta solicitação não pode ser apreciada pela Superior Instância.

4. A preliminar argüida pela Municipalidade é de inteira procedência.

A condenação da Municipalidade no que concerne à regularização do loteamento, sob pena de multa diária, ofende ao princípio da Separação de Poderes. A Municipalidade, diante do parcelamento clandestino do solo, tem a faculdade e não o dever de promover a regularização, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

A esse respeito, com agudeza, assim manifestou-se a d. Procuradora do Município, Dr^a Liliansa de Almeida F. S. Marçal (fls. 1.267/1.275):

“A Municipalidade, diante do parcelamento clandestino do solo, como ocorre o caso em tela, tem a faculdade e não o dever de promover a regularização, segundo critérios de conveniência e oportunidade (art. 40 - Lei nº 6.766/79). Tal dever incumbe ao parcelador e seus sucessores que são os responsáveis pela manutenção e regularização, por haverem auferido lucros com o empreendimento.

Tal entendimento é corroborado pelos ensinamentos do mestre Diogenes Gasparini ao comentar o art. 40 da Lei nº 6.766/79, os quais a Apelante pede vênias para transcrever (in O Município e o Parcelamento do Solo - Ed. Saraiva - 2ª ed. - págs. 145/146):

‘É o que indica o dispositivo ao enunciar, nas hipóteses que mencionou, que o Município poderá. Esse verbo indica uma faculdade. Destarte, não está o Município obrigado a regularizar. A regularização será feita se for conveniente e oportuno para o Município. Não seria, ainda, correto ou legal entender-se nessa outorgada uma obrigação, já que às entidades políticas, por legislação ordinária, não se impõem deveres ou obrigações.’

Daí não poder a Municipalidade ser condenada a regularizar o loteamento clandestino, pois tal regularização é uma faculdade que implica no fato da Administração Pública dispor de recursos próprios para sanar situação a que não deu causa, portanto, não poderá fazê-lo de forma compulsória.

Pede vênias a Apelante para citar o ensinamento do festejado mestre Cândido Rangel de Dinamarco:

"...Outro exemplo muito expressivo e sempre vigorante (da impossibilidade jurídica do pedido) é a incensurabilidade do mérito de ato administrativo em via jurisdicional: chorar-se-ia com o princípio de independência entre os 'Poderes' do Estado a intromissão de um deles nos critérios de oportunidade e conveniência dos negócios de outro..." (in "A Execução Civil" - 2ª ed. - Ed. RT - pág. 214).

Como se depreende do texto acima citado, a pretensão condenatória, no presente feito, não pode ser instrumentalizada sem que se transforme o juiz em administrador de finanças, obras e propriedades públicas. Ou seja, da forma como restou prolatada a r. sentença, ora atacada, condenando a Municipalidade, à multa diária até a regularização do loteamento, o MM. Juiz "a quo" a obriga praticar ato, que, em realidade, constitui uma faculdade da Administração Pública e não um dever que a lei lhe impõe.

Por todo o exposto, requer, preliminarmente, o provimento do presente apelo para decretar a carência da ação, sem julgamento do mérito.

Caso esta Colenda Câmara assim não o entenda, o que se admite "ad argumentandum", também quanto ao mérito, se impõe a reforma da r. sentença.

II - Do Mérito

II.A - Da responsabilidade do Loteador pela regularização do loteamento:

De início, urge à Apelante fazer um breve relato sobre o loteamento, em questão, denominado "Vila Diana".

Em 1965 a Empresa Endira - Engenharia Hidráulica Ltda. requereu, perante a Municipalidade, diretriz para o parcelamento de gleba com área de 93.000 m². Porém, com a verificação de que se tratava de área devoluta, o loteador foi instado pela Municipalidade a requerer a legitimação de sua posse.

Tal legitimação não foi requerida, preferindo o loteador realizar o parcelamento do solo de forma clandestina.

Por outro lado, ao loteador primitivo sucedeu-o a Companhia Construtora Paranapanema, que por seu turno, firmara compromisso de venda e compra da área com Carlos Ernesto Pasinato e sua mulher Diana Clorinda Pasinato. Estes últimos, por sua vez cederam-na a CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda.

Notificado o atual responsável a proceder à regularização da área, com a destinação de 2.650 m² para constituição de área verde, posto que a Municipalidade já havia realizado as obras, se manteve inerte. Diante de tal omissão não pode ser expedido o competente Auto de Regularização.

A despeito da total clandestinidade do empreendimento, verificou-se que o Oficial da 12ª Circunscrição Imobiliária da Capital, "sponte propria", abriu indevidamente matrículas para os lotes oriundos do loteamento clandestino em questão. Com isto, os adquirentes passaram a exigir da Municipalidade a realização do desdobro fiscal dos lotes, ou seja, a tributação autônoma de cada unidade oriunda do parcelamento clandestino.

Em face de todas estas circunstâncias, a Municipalidade adotou providências no sentido de sanar as irregularidades existentes, impeditivas de desdobro, para obter a tributação autônoma almejada pelos adquirentes, como de fato ocorreu em 1992.

No entanto, no que tange à designação de área verde, requisito essencial para regularização do loteamento, não foi ele atendido pela empresa-loteadora até o presente momento.

Resta, assim, incontroverso o fato de encontrar-se irregular o loteamento,

cuja aceitação técnica opõe-se à ausência da área verde.

O loteador, embora tenha requerido diretrizes para elaboração de um projeto de loteamento, enveredou na prática clandestina do retalhamento e da comercialização de lotes. Assim, desatendidas as posturas municipais, cumpre ao loteador falto arcar com as responsabilidades oriundas de seu empreendimento.

Consoante dispõe o art. 40 da Lei nº 6.766/79, poderá a Municipalidade regularizar o loteamento não autorizado, para evitar lesão ao desenvolvimento urbano e aos direitos dos adquirentes de lotes.

Tal faculdade implica no fato da Administração Pública dispor de recursos próprios para regularizar situação a que não deu causa; portanto, não poderá fazê-lo de forma compulsória, mas segundo seus critérios de conveniência e oportunidade, respeitando os interesses de todos os Municípios.

Outrossim, o retromencionado artigo não impõe dever ao Município, mas dota-o da faculdade de regularizar o loteamento não autorizado.

Tal entendimento é corroborado pela doutrina de Alaôr Caffé Alves, Toshio Mukai e Paulo José Villella Somar:

"Urge considerar que, uma vez constatada a irregularidade do parcelamento, por parte da prefeitura ou do Distrito Federal, estes passam a ter a faculdade de promover a devida regularização. A expressão 'poderá regularizar' não se põe diretamente com um conteúdo de 'obter', porque não há como compelir entes políticos a fazer algo mediante imperativo de caráter infraconstitucional."

Assim, é facilmente perceptível que, não podendo ser imputada à Municipalidade a responsabilidade sobre a existência de irregularidade na área retalhada clandestinamente, não pode ser esta condenada, como o foi na r. sentença, ora atacada, ao pagamento de multa por dia de atraso na regularização técnica do loteamento.

O loteador e seus sucessores como principais beneficiários do empreendimento, devem responder pela regularização da gleba.

Portanto, resta demonstrada, ao contrário do que entendeu o MM. Juiz "a quo", a responsabilidade da empresa-Apelada CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda. pela regularização do loteamento, em questão, que se cinge à constituição de área verde.

II.B - Da aplicabilidade do Decreto nº 15.764/79 e da exigência de área verde

O Decreto nº 15.764/79 dispõe sobre a regularização de arruamentos e loteamentos executados anteriormente a 1º de novembro de 1972, portanto, aplicável ao loteamento objeto do presente feito, contrariamente ao que entendeu o MM. Juiz "a quo".

Mister se faz ressaltar que, nos casos de parcelamento de solo, clandestino ou irregular, a lei aplicável é a vigente à época da regularização do empreendimento.

No caso em tela, a empresa-loteadora foi notificada por diversas vezes a regularizar o loteamento; porém, manteve-se inerte, preferindo enveredar na prática clandestina de lotear.

Assim, não pode a loteadora, ora Apelada, que transgrediu a lei, se beneficiar com o fato de ter solicitado diretrizes para parcelamento em 1965 (doc. nº 01). Época, aliás, em que já havia a obrigação de designar área verde.

Urge esclarecer que as diretrizes requeridas foram concedidas (doc. nº 02), cabendo ao loteador encaminhar à Administração projeto definitivo para aprovação e licença. No entanto, diante de sua omissão e do retalhamento da gleba sem aprovação da Municipalidade, configurou-se o loteamento clandestino.

Nesta qualidade, o loteamento há de ser regularizado segundo as normas em vigor atualmente, e não as existentes em 1965. Em nada adiantaria ter o empreendimento regularizado de acordo com as normas daquela época, as quais não revelam as exigências atuais do parcelamento urbano, que são, de fato, mais rigorosas. Do contrário, estar-se-ia beneficiando o loteador inerte e transgressor da lei.

Todos os loteamentos clandestinos são regularizados de acordo com as normas vigentes à época de sua regularização.

Tal entendimento decorre do estipulado no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que permite ao Decreto nº 15.764/79 aplicação imediata e geral, porquanto o loteamento clandestino — não aprovado pela Municipalidade e não averbado no Registro de Imóveis — não pode ser considerado ato jurídico perfeito e acabado.

Não é diversa a conclusão do Procurador do Estado Dr. José Eduardo Santos Neves expressa em artigo publicado na Revista de Direito Processual Geral - nº 38 - págs. 334/339, quando analisa a aplicabilidade da lei nº 6.766/79 em

parcelamento urbano executado em data anterior à referida legislação:

"A Lei nº 6.766/79 é aplicável a loteamentos irregulares, sem projeto aprovado pela Prefeitura nem registro perante o Registro Geral de Imóveis, vez que não constituem ato jurídico perfeito, nem há direito adquirido a proteger."

Não é outra a situação que ora se afigura. O loteamento "sub examine", é clandestino e para sua regularização dever-se-á aplicar o Decreto nº 15.764/79, em vigor para o caso em questão.

Consoante ementa abaixo-transcrita da Revista dos Tribunais nº 595/94, quando a aprovação de parcelamento de imóvel feita sob a égide do Decreto-lei nº 58/37 é anulada, o novo pedido há de ser feito com base na legislação atual. Tal interpretação corrobora a tese da Apelante, com mais razão, da aplicabilidade do Decreto nº 15.764/79 em loteamento clandestino:

"Loteamento - Parcelamento de solo situado em zona rural para fins urbanos - Inadmissibilidade Aprovação pelo Decreto-lei nº 58/37 - Inexistência da infra-estrutura necessária - Anulação - Ressalva de novo pedido, nos termos legais - Aplicação da Lei nº 6.766/75."

Na hipótese remota desta Colenda Câmara assim não o entender, urge ressaltar que a área verde exigida pela Municipalidade de São Paulo, já era obrigação do loteador prevista no Código de Obras (Ato nº 663/34), vigente à época do pedido de diretrizes da empresa-Apelada (1965).

Conforme se depreende dos artigos 723, § 1º e 733 do Ato nº 663/34 e art. 1º, II do Decreto-lei nº 58/37, exigia-o que fosse deixado para espaços livres de domínio público, uma área correspondente, pelo menos, a cinco por cento da área total na zona urbana.

Deste modo, mesmo que se aplicasse o Código de Obras da época e o Decreto-lei nº 58/34, o loteador estaria obrigado a constituir área verde.

Face a todas alegações apresentadas, resta comprovada a responsabilidade da empresa-loteadora pela regularização do loteamento com a conseqüente designação de área verde, por exigência legal.

Por todo o exposto, a reforma da r. sentença de fls. 1.254/1.259 se impõe, na parte específica em que condena a Municipalidade de São Paulo à multa diária enquanto não regularizado o loteamento, custas, despesas processuais e verbas honorárias; e que julga improcedente a ação em relação a CAERP -

Empreendimentos e Construções Ltda., levando-se em consideração para isso a própria legislação aplicável, mantendo-se os demais termos por que consta daquele decisório.

E por ser medida de irrefragável **JUSTIÇA**, pede e espera que seja dado provimento ao presente apelo, reformando-se parcialmente a r. sentença, para o fim de condenar a empresa-Apelada, CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda. e não a Municipalidade de São Paulo, nos termos da inicial, a regularizar o loteamento atendendo as posturas municipais sob pena de multa diária, custas, despesas processuais e honorários advocatícios."

5. Tais circunstâncias, que são exatas, dá-se provimento aos recursos oficial e da Prefeitura Municipal de São Paulo, para acolher a preliminar e decretar a carência da ação, condenando-se os autores nas custas processuais, despesas e verba honorária fixada em 10% do valor atribuído à causa, cabendo a metade deste valor a co-ré CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores **GILBERTO GAMA** (Presidente, sem voto), **PAULO SHINTATE** e **CORRÊA VIANNA**, com votos vencedores.

São Paulo, 22 de fevereiro de 1994.

BENEDICTO CAMARGO

Relator