

Folha de informação nº 276

do Processo Administrativo nº 2013-0.332.785-2

em 21/07/17
ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas**EMENTA Nº 11.746**

Operações Urbana Água Branca. Lei Municipal nº 15.893/13. Artigo 35. Constitucionalidade. Mera conformação do direito de propriedade. Presunção de constitucionalidade dos atos normativos. Distinção entre inconstitucionalidade e ofensa, no caso concreto, a direito constitucionalmente garantido. O exame de suposta ofensa ao direito de propriedade exige a análise das peculiaridades do caso concreto.

INTERESSADO: GUEDSON DE PAIVA GUEDES**ASSUNTO:** Alvará de Aprovação e Execução de Edificação Nova. Área inserida na área pública 09-AP-09 definida na Lei Municipal nº 15.893/2013 (OUC Água Branca).**Informação nº 955/2017 - PGM-AJC****PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO****Sr. Coordenador Geral do Consultivo**

Trata-se, atualmente, de pedido de reconsideração de despacho que indeferiu o pedido de Alvará de Aprovação e Execução de Edificação Nova, sob o argumento de que o Código de Obras e Edificações - COE não impede a expedição do alvará, dada a inexistência de declaração de utilidade pública, bem como de que lhe fora negado o exercício do direito de construir (fl. 234).

Ao ser encaminhado à Assessoria Técnica e Jurídica da Secretaria Municipal de Licenciamento - SEL/ATAJ, essa entendeu que, como o melhoramento público aprovado pela Lei Municipal nº 15.893/13 atingiu integralmente o lote, a aplicação do artigo 35¹ daquela lei representaria violação ao

¹ Art. 35. Não poderá ser autorizada a construção de edificações quando o projeto apresentado ocupe áreas de terreno sujeitas à implantação do Plano de Melhoramentos Públicos previsto nesta lei.

Folha de informação nº 277

do Processo Administrativo nº 2013-0.332.785-2

em 21/07/17 *Andréa***ANDRÉA WIESER TESTA**
Assist. Gestão P. Públicas

artigo 5º, incisos XXII e XXIV, da Constituição Federal, que asseguram o direito de propriedade (FLS. 243/250).

Remetido o presente a essa Assessoria Jurídico-Consultiva - PGM/AJC, houve o envio à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano - SMDU, a qual entendeu por bem encaminhá-lo à empresa São Paulo Urbanismo, oportunidade em que essa afirmou, em síntese: (a) a especialidade do artigo 35 da Lei Municipal nº 15.893/13 frente ao COE; (b) a existência de previsão no Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257/01, que impede a sua expedição em desacordo com a lei da operação urbana consorciada (art. 33, § 2º); e (c) a impossibilidade de o Poder Executivo discutir a constitucionalidade de dispositivo legal, bem como de deixar de aplicá-lo, dada a exclusividade do Poder Judiciário para realizar o controle posterior de constitucionalidade (fls. 264/268).

É o que nos cabe aqui relatar.

Apesar de não ter sido formulado quesito específico, a questão controvertida nesse processo, conforme manifestação de SEL/ATAJ, é a constitucionalidade do artigo 35 da Lei Municipal nº 15.893/13, razão pela qual nos cingiremos à mesma.

Inicialmente, é importante fazer uma distinção entre duas hipóteses diversas: (a) a inconstitucionalidade, abstrata e em tese, de certo dispositivo legal e (b) a ofensa, em determinada situação, a um direito constitucionalmente garantido.

Quanto ao primeiro caso, não nos parece haver inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei Municipal nº 15.893/13, pois, examinando-o em tese e abstratamente e prescindindo de qualquer caso concreto, não se vislumbra uma incompatibilidade do mesmo com algum dispositivo da Constituição Federal.

De fato, a vedação à edificação de áreas do terreno sujeitas à implantação de melhoramento público não é uma ofensa ao direito de propriedade,

Folha de informação nº 278

do Processo Administrativo nº 2013-0.332.785-2

em 21/07/17 *André***ANDRÉA WIESER TESTA**
Assist. Gestão P. Públicas

tampouco um esvaziamento de seu conteúdo econômico, mas única e tão somente uma norma que conforma o próprio direito de propriedade.

Soma-se a isso a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, a qual encerra uma presunção relativa de compatibilidade do texto à Constituição, dela decorrendo duas regras, conforme lição de Luís Roberto Barroso: "(a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; (b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor"².

Em relação à existência ou não de uma ofensa, no caso concreto, a um direito constitucionalmente garantido, não cabe a essa AJC examinar tais casos, razão pela qual não o examinaremos. Contudo, a título de colaboração, suscitaremos alguns aspectos que nos parecem pertinentes ao se proceder tais análises.

Tratando-se especificamente do direito de propriedade, apesar de não compartilharmos da natureza jurídica atribuída pelo autor à ação de desapropriação indireta³, parece-nos pertinente trazer a lição de Alexandre Santos de Aragão, o qual distingue entre *desapropriação indireta-esbulho* e *indireta-restrição ou regulatória*.

² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 164/165.

³ Entendemos, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que a ação de desapropriação indireta não deixa de ser ação de desapropriação, mantendo a natureza de ação real. Assim sendo, discordamos da afirmação do autor quanto ao caráter indenizatório de tal ação, bem como da utilização da expressão *desapropriação indireta* nos casos em que há uma restrição administrativa. Não obstante tal divergência, as conclusões apresentadas pelo autor e aqui transcritas nos parecem irretocáveis, motivo pelo qual entendemos por bem trazê-las nessa oportunidade.

Folha de informação nº 279

do Processo Administrativo nº 2013-0.332.785-2

em 21/07/17 AndréANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

A segunda espécie é a desapropriação indireta-restrição administrativa ou desapropriação regulatória, expressão semelhante a que a Suprema Corte dos EUA adota (*regulatory takings*).

Dá-se através da instituição de uma suposta limitação administrativa à propriedade que, ao contrário do que determinaria a sua natureza, acaba por retirar o conteúdo econômico do bem (ex.: vedação total a construções ou plantações em área de preservação ambiental, mudança do limite de altura para apenas dois andares de prédios no centro comercial de grande metrópole, transformação de uma atividade econômica em serviço público titularizado com exclusividade pelo Estado etc.).

Se a norma ou o ato for inconstitucional, geralmente por violar algum dos três elementos do princípio da proporcionalidade, o direito à indenização será indiscutível e não excluirá o retorno ao *status quo ante*, a depender do caso.

O problema será se a norma ou o ato restritivo for constitucional, já que muitas vezes fortes condicionamentos à propriedade podem perfeitamente ter esteio constitucional (ex.: tombamento da área onde Dom Pedro I proclamou a independência do Brasil, por mais que se encontre no centro de uma metrópole).

A chave para a indenizabilidade, caso em que teremos a "desapropriação indireta", serão a especificidade e a anormalidade da limitação em relação às faculdades inerentes ao direito de propriedade. Em outras palavras, para a restrição lícita ser indenizável ela tem que ser específica em relação a um ou alguns dos cidadãos, e não dirigida difusamente a toda a sociedade; e anormal, no sentido de não decorrer das limitações já inerentes à viabilização da vida em sociedade. Teremos que aferir, portanto, se os requisitos para eclodir a responsabilidade civil objetiva por ato ou norma lícita estão presentes.

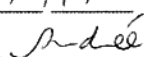
Nesses casos, o prejuízo do particular, em razão da legitimidade dos condicionamentos impostos, por mais intensos que sejam, se resolverá sempre apenas em indenização, nunca pelo retorno ao *status quo ante*.⁴ (destaques nossos).

Também Celso Antônio Bandeira de Mello analisa a questão da indenizabilidade do prejuízo por comportamentos do Estado, ao tratar da sua responsabilidade patrimonial extracontratual, indicando, entre outras características do dano indenizável, o seu caráter jurídico: afirma que não basta a existência de um prejuízo patrimonial, devendo haver um dano jurídico, um agravo a um bem juridicamente protegido pelo sistema normativo.

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Folha de informação nº 280

do Processo Administrativo nº 2013-0.332.785-2

em 21 / 07 / 17
ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

Não há confundir dano patrimonial, dano econômico, com dano em direito. O primeiro é qualquer prejuízo sofrido por alguém, inclusive por ato de terceiro consistente em uma perda patrimonial que elide total ou parcialmente algo que se tem ou que se terá.

O segundo, ademais de significar subtração de um bem ou consistir em impediente a que se venha tê-lo, atinge bem a que se faz jus. Portanto, afeta o direito a ele. Incide sobre algo que a ordem jurídica considera pertinente ao lesado.

Logo, o dano assim considerado pelo Direito, o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito.

(...) Não basta para caracterizá-lo a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo

(...)

Pela mesma razão não configura dano jurídico o dano econômico sofrido pelos proprietários de residências sitas em bairro residencial que se converte, por ato do Poder público, em zona mista de utilização. Não haverá negar a deterioração do valor dos imóveis de maior luxo. A perda da tranqüilidade e do sossego anteriores tem reflexos imediatos na significação econômica daqueles bens, mas inexistia direito à persistência do destinatário urbanístico precedentemente atribuído àquela área da cidade.⁵

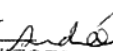
Portanto, a existência de uma regra conformadora do direito de propriedade não gera, *per se*, uma ofensa ao direito de propriedade, devendo haver o esvaziamento de seu conteúdo econômico, levando-se em conta as características do caso concreto, entre as quais a existência de um dano jurídico, superior a uma mera deterioração patrimonial, e anormal.

Ao examinarmos o caso em questão, não nos parece ter sido o interessado privado de seu direito de propriedade pela restrição ao direito de construir oriundo do artigo 35 da Lei Municipal nº 15.893/13, pois não foi retirado integralmente o seu conteúdo econômico.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito Administrativo*. 22ª ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 985.

Folha de informação nº 281

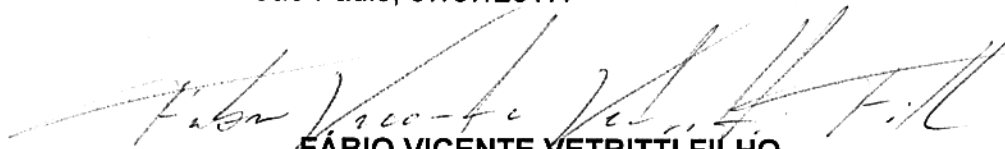
do Processo Administrativo nº 2013-0.332.785-2

em 21/07/17 
ANDREA WIESER TES
Assist. Gestão P. Público

Isso porque, ao se consultar o *google maps*, percebe-se que o lote encontra-se edificado, inclusive com a existência de um comércio no local (estacionamento), o que demonstra que o seu uso não foi impedido ou restringido. Ou seja, apesar de conformados, permanecem íntegros os poderes inerentes ao direito de propriedade: usar, gozar e dispor (artigo 1.228 do Código Civil).

Por fim, merece menção o fato de o coeficiente de aproveitamento constante do projeto (2,0) ser superior ao coeficiente básico definido em lei (1,0), razão pela qual a sua aprovação dependeria de adesão à operação urbana consorciada, o que não só é vedado, como ainda constituiria verdadeiro *venire contra factum proprium*, eis que estaria o interessado tentando afastar uma exigência da operação para usufruir um benefício nela previsto.

São Paulo, 07/07/2017.



FÁBIO VICENTE VETRITTI FILHO

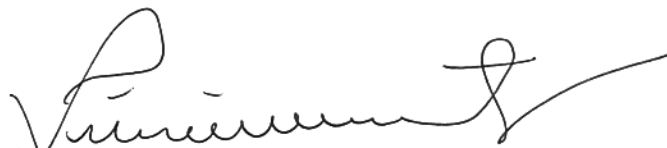
PROCURADOR ASSESSOR – AJC

OAB/SP nº 255.898

PGM

De acordo.

São Paulo, 07/07/2017.



TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO

PROCURADORA ASSESSORA CHEFE - AJC

OAB/SP nº 175.186

PGM

Folha de informação nº 282

do Processo Administrativo nº 2013-0.332.785-2

em 21 / 07 / 17


ANDRÉA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

INTERESSADO: GUEDSON DE PAIVA GUEDES

ASSUNTO: Alvará de Aprovação e Execução de Edificação Nova. Área inserida na área pública 09-AP-09 definida na Lei Municipal nº 15.893/2013 (OUC Água Branca).

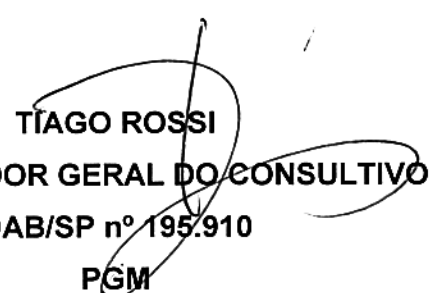
Cont. da Informação nº 955/2017 – PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Senhor Procurador Geral do Município

Encaminho-lhe o presente com o entendimento da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acolho, no sentido da constitucionalidade do artigo 35 da Lei Municipal nº 15.893/13.

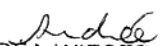
São Paulo, 20 / 07 / 2017.


TÍAGO ROSSI
COORDENADOR GERAL DO CONSULTIVO
OAB/SP nº 195.910
PGM

Folha de informação nº 283

do Processo Administrativo nº 2013-0.332.785-2

em 21 / 07 / 17


ANDREA WIESER TESTA
Assist. Gestão P. Públicas

INTERESSADO: GUEDSON DE PAIVA GUEDES

ASSUNTO: Alvará de Aprovação e Execução de Edificação Nova. Área inserida na área pública 09-AP-09 definida na Lei Municipal nº 15.893/2013 (OUC Água Branca).

Cont. da Informação nº 955/2017 – PGM.AJC

SECRETARIA MUNICIPAL DE URBANISMO E LICENCIAMENTO - SMUL
Senhora Secretária

À vista da manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva da Procuradoria Geral do Município, que endosso, no sentido da constitucionalidade do artigo 35 da Lei Municipal nº 15.893/13, devolvo-lhe o presente para ciência e adoção das providências que julgar pertinentes.

São Paulo, 21 / 07 / 2017.


RICARDO FERRARI NOGUEIRA
Procurador Geral do Município
PGM

