

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**

DECISÃO

Processo nº: 0043538-86.2011.8.26.0053

Classe - Assunto Ação Popular - Atos Administrativos

Requerente: A.C.L.

Requerido: Prefeito Municipal de São Paulo

CONCLUSÃO

Em 09 de janeiro de 2012, faço estes autos conclusos ao (a) MM. Juiz (a) de Direito, Dr (a).
ADRIANO MARCOS LAROCA

Vistos.

Cuida-se de ação popular ajuizada por A.C.L. contra o PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO objetivando a concessão de liminar para suspender os efeitos da Lei Municipal nº 14.918/2009 - que autorizou o réu a aplicar a concessão urbanística na área do projeto Nova Luz -, e o Processo Administrativo 2009.0.209.264-9, que tramita na Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano (SMDU), sob a alegação de que o réu não teria promovido nenhuma audiência pública no âmbito do Executivo para mostrar à população, sobretudo à atingida pela intervenção urbanística, o projeto de lei n. 158/2009 (que autorizava a aplicação do instituto da concessão urbanística na área do projeto Nova Luz), desrespeitando a Constituição Estadual (artigo 180 inciso II).

Afirma, ainda, que sem a prévia vigência da Lei Municipal 13.917/2009, que dispõe sobre a concessão urbanística, não poderia ter sido sancionada a Lei Municipal 13.918/2009.

Disse que a “Lei 14.917/2009 tinha ao menos que ser decretada, sancionada e publicada no Diário Oficial para que, então, pudessem ocorrer às necessárias audiências públicas referentes à lei específica e, depois, pudesse ser sancionada a Lei 14.918/2009”. Sustenta a necessidade de concessão de liminar, na defesa do patrimônio público, diante das despesas públicas já realizadas da ordem de quatorze milhões de reais para a elaboração do projeto urbanístico, e das futuras com a implantação da concessão urbanística, estimadas, segundo o Secretário Municipal do Desenvolvimento Urbano, entre R\$370 milhões e R\$621 milhões, conforme estudo de viabilidade econômica, mercadológica e de situação fundiária, realizado pela FGV. Aduz, outrossim, que a elevada estimativa de investimento público com a concessão urbanística violaria a própria finalidade da utilização deste instituto no projeto Nova Luz, segundo consta dos motivos do

projeto de lei 158/2009 encaminhado pelo réu (“... o instituto da concessão urbanística mostra-se o mais adequado, por se tratar de instrumento que propicia a execução de obras e serviços públicos sem a necessidade de grandes investimentos pela Prefeitura, com isso, propiciando o pleno desenvolvimento dessa região da cidade em todos os seus aspectos...”). Assim, afirma que seria falsa a principal premissa empregada pelo réu para a utilização da concessão urbanística na área do Projeto Nova Luz.

O Ministério Público Estadual opinou pelo indeferimento da liminar (“em sede de cognição sumária, não vislumbro a existência dos vícios mencionados pelo requerente e, tratando-se de lei, possui presunção de legalidade”).

É o sucinto relatório. Fundamento e decido.

Em primeiro lugar, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 73.083-DF e REsp 147.869-SP), inaplicável à ação popular a restrição prevista no artigo 2º da Lei Federal 8.437/92 (prévia manifestação do representante judicial da pessoa jurídica de direito público para a concessão da liminar).

Com isso, passo à análise da liminar requerida pelo autor.

I- Ação popular: legitimidade, pressupostos, lei de efeitos concretos (ato administrativo em sentido material) e liminar.

De acordo com a doutrina nacional, tem legitimidade para o ajuizamento da ação popular o cidadão brasileiro no gozo dos seus direitos políticos e cívicos (condição de eleitor), como é o caso, do autor, conforme título eleitoral e comprovantes de votação na eleição de 2010, ora juntados (fl.19).

Além disso, a ação popular tem por objeto o ato administrativo ilegal e lesivo ao patrimônio público. E mais, pode ter tanto finalidade preventiva quanto repressiva "da atividade administrativa ilegal e lesiva ao patrimônio público", como bem ressalta Hely Lopes Meirelles, in Mandado de Segurança, Editora Malheiros, 30ª Edição, p.130.

No caso, cabe salientar, de antemão, que a lei municipal ora impugnada, por não ser dotada de abstração e generalidade, caracteriza-se como lei de efeitos concretos, sendo, assim, atacável por ação popular, enquanto ato administrativo em sentido material (ou seja, é lei apenas em sentido formal). Nessa esteira o entendimento do mesmo doutrinador acima (ob. cit. p. 135).

Por outros termos, embora possua imperatividade e normatividade, como outra lei qualquer, por meramente autorizar o Poder Executivo a aplicar a concessão urbanística na área do projeto Nova Luz, não tem os pressupostos de generalidade e abstração, necessários à sua caracterização como lei em sentido material. Aliás, por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal, de forma majoritária, não tem admitido o controle abstrato de sua constitucionalidade por ADIN.

De outro lado, como dito acima, a ação popular pode ter finalidade preventiva de ato lesivo ao patrimônio público, como me parece ser o caso. É bastante, portanto, que o dano seja potencial.

II- gestão democrática da política de desenvolvimento urbano.

Segundo a Constituição Federal (artigo 182 caput) o Poder Público Municipal executará a política de desenvolvimento urbano conforme diretrizes gerais fixadas em lei.

Assim, adveio a Lei Federal 10.257/2011 (conhecida como Estatuto da Cidade), que, no seu artigo 2º e incisos, fixa as diretrizes gerais da política urbana a ser desenvolvida pela Administração Municipal. Entre elas (inciso II), a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Basicamente é a mesma regra normativa constante do artigo 180 da Constituição Estadual, citado na inicial.

Aqui, segundo Odete Medauar, Professora Titular de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP, in Estatuto da Cidade, Editora RT, 2ª Edição, pp. 27/28, a diretriz constante do inciso II do artigo 2º do Estatuto da Cidade “retrata um modo renovado de tomada de decisões que afetam parcelas significativas da coletividade ou toda a coletividade. A chamada gestão democrática leva o governante a ouvir a população, a conhecer suas aspirações, para as políticas e decisões não sejam imperiais e retratem as necessidades coletivas. Não se pode mais supor que somente pelos votos recebidos o governante adquira, de modo automático, a capacidade de conhecer o que a população aspira nesta ou naquela questão.

É muito freqüente ocorrer dissonância entre políticas e decisões do governante e a vontade da população, sobretudo quando este não se preocupa em ouvi-la, em consultá-la, ao menos nas questões que mais diretamente atinjam as pessoas, como é o caso dos problemas urbanísticos e ambientais. Há muito, em países europeus, já se vêm adotando mecanismos de ouvida da população, em matéria urbanística e ambiental. Agora, o Estatuto da Cidade vem fixar essa diretriz, indicando a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade no tocante à formulação e execução de planos, programas e projetos urbanísticos”.

Portanto, sob pena de inconstitucionalidade e ilegalidade da ação governamental, não há dúvida de que a participação da população e de associações representativas de vários segmentos da comunidade é norma geral da qual o administrador municipal não pode se esquivar na formulação, na execução e no acompanhamento de planos, projetos e programas de desenvolvimento urbano.

Em outros termos, como concretização do “direito à cidade” e exercício da democracia direta, a efetiva (nem meramente consultiva, nem 'teatral') participação popular no planejamento e na gestão das cidades é um direito inalienável, segundo o professor da UFRJ e coordenador do núcleo de pesquisas sobre desenvolvimento sócio-espacial (NuPeD) da mesma universidade, Marcelo Lopes de Souza, in Mudar a Cidade, uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos, Editora Bertrand Brasil, p. 334.

O mesmo professor ainda afirma que “participar, no sentido essencial de exercer a autonomia, é a alma mesma de um planejamento e de uma gestão que queiram se credenciar para reivindicar seriamente o adjetivo democrático (a)” (ob. cit. p. 335).

De outro lado, além de legítima (direito), a democratização no planejamento e gestão das cidades, desde que seja deliberativa (decisória), é desejável, diante dos limites e deficiências tão bem conhecidos da democracia representativa (prefeitos e vereadores).

Aliás, a participação popular 'consistente', com todas as dificuldades e obstáculos práticos à sua implementação, face à heterogeneidade da sociedade capitalista atual e seus conflitos de interesses, além de legítima (direito), segundo Marcelo Lopes de Souza, in *A Prisão e a Ágora, Reflexões em torno da democratização do Planejamento e da Gestão das Cidades*, Editora Bertrand Brasil, pp. 183/198, é possível e, em vários sentidos, compensadora. Segundo ele, a participação direta, vista como fim em si mesma, é justificada por que ajuda a formar melhores cidadãos (aumento da participação na decisão política e, por conseguinte, da responsabilidade e interesse pela coisa pública, além de estimular a consciência de direitos, isto é, o amadurecimento político da coletividade 'escola de cidadania'), além de permitir ou facilitar o seu “empowerment”, desde que a participação seja consistente, com considerável diminuição da heteronomia, a qual, via de regra, é vazia ou está a serviço do ilusionismo político.

Prossegue o mesmo professor, vista como meio, “a participação direta é justificada, sobretudo, por razões de eficiência econômica e gerencial, concernentes à melhor satisfação das necessidades dos cidadãos e à minimização das chances de desperdício e corrupção”.

De outro lado, mas ainda no contexto acima, é de suma importância assinalar que a política de desenvolvimento urbano executada pelos municípios, tendo como uma das diretrizes básicas a gestão democrática no planejamento e gestão das cidades, objetiva, segundo o legislador constitucional (artigo 182 caput CR), ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Aqui, novamente Marcelo Lopes de Souza, in *ABC do Desenvolvimento Urbano*, Editora Bertrand Brasil, pp. 101/102, doutrina muito bem o que se deve entender como 'desenvolvimento urbano': “Um desenvolvimento urbano autêntico, sem aspas, não se confunde com uma simples expansão do tecido urbano e a crescente complexidade deste, na esteira do crescimento econômico e da modernização tecnológica. Ele não é, meramente, um aumento da área urbanizada, e nem mesmo, simplesmente, uma sofisticação ou modernização do espaço urbano, mas, antes e acima de tudo, um desenvolvimento sócio-espacial na e da cidade: vale dizer, a conquista de melhor qualidade de vida para um número crescente de pessoas e de cada vez mais justiça social. Se uma cidade produz mais e mais riqueza, mas as disparidades econômicas no seio de sua população aumentam; se a riqueza assim produzida e o crescimento da cidade se fazem às custas da destruição de ecossistemas inteiros e do patrimônio histórico-arquitetônico; se a conta de modernização vem sob a forma de níveis cada vez menos toleráveis de poluição, de estresse, de congestionamentos; se um número crescente de pessoas possui televisão em casa, para assistir a programas e filmes de qualidade duvidosa e que, muitas vezes, servem de inspiração para atos de violência urbana, violência urbana essa que prospera de modo alarmante; se é assim, falar de desenvolvimento é ferir o bom senso. Pode-se, em um tal caso, falar de

crescimento urbano, complexificação da cidade e até mesmo modernização do espaço urbano e dos padrões de consumo; mas seria um equívoco tomar isso por um processo de desenvolvimento urbano autêntico, valer dizer, por um processo de desenvolvimento sócio-espacial na e da cidade coerente e isento de grandes contradições”.

No caso específico, a decisão política de aplicar no projeto Nova Luz o instrumento da concessão urbanística, de fato, não contou com a participação popular, sobretudo, da comunidade heterogênea (moradores de baixa renda, pequenos comerciantes de eletroeletrônicos, empresários, etc.) atingida pela intervenção urbanística em tela.

Felipe Francisco de Souza, urbanista e ex-coordenador de projetos urbanísticos na Prefeitura de São Paulo, in *A batalha pelo centro de São Paulo - Santa Efigência, Concessão Urbanística e Projeto Nova Luz*, Editora Paulo's, 2011, pp. 145 e seguintes, bem diagnostica a ausência de participação popular efetiva e consistente no processo político de escolha (formulação) de utilização da concessão urbanística no projeto Nova Luz.

Aqui, convém dizer que até 2009 não havia qualquer norma definindo situações concretas, tipo de áreas da cidade, em que a concessão urbanística seria aplicada ou utilizada, já que prevista de forma genérica, indefinida, no Plano Diretor do Município Lei Municipal 13.430/2002 (2002-2012) e na Lei de Zoneamento (2004). Por sinal, segundo o mesmo urbanista, a inclusão desse instrumento, dessa forma, no plano diretor contrariou o próprio 'espírito' democrático que norteou os trabalhos de elaboração do aludido plano, dentro da concepção de tornar efetivo o “direito à cidade”.

Essa definição só ocorreu em 2009, com a aprovação da Lei Municipal 14.917, cujo projeto de lei (PL 87/2009 encaminhado à Câmara Municipal em fevereiro de 2009 pelo réu) abarcava também a autorização de aplicação do mesmo instituto ao projeto Nova Luz. Depois da realização das duas audiências públicas na câmara municipal, por pressão da bancada de oposição, o projeto foi desmembrado por meio de substitutivo, segundo o relator do projeto, o vereador José Police Neto. Mais adiante, ambos foram aprovados na mesma data e, ao depois, sancionados pelo Prefeito Municipal também no mesmo dia.

Portanto, nesse contexto, pode-se dizer que não houve participação popular efetiva e consistente na escolha política de utilização da concessão urbanística no projeto Nova Luz. Chama a atenção, também, que o Conselho Municipal de Política Urbana e a Câmara Técnica de Legislação Urbanística não emitiram parecer técnico sobre esse projeto de interesse urbanístico, reclamação do Instituto Polis, que ficou registrada na audiência pública realizada na câmara (ob. cit. p. 79).

Nesse ponto, merece transcrição a entrevista do representante da Associação dos Comerciantes da Santa Ifigênia (ACSI), confirmando que não houve qualquer discussão com os moradores e comerciantes da região da Santa Ifigênia sobre a utilização da concessão urbanística no projeto Nova Luz: “nós fomos avisados, por contatos nossos dentro da câmara de vereadores que estaria em tramitação a aprovação de uma lei que pudesse ser de nosso interesse, no ano passado (em 2009). Antes, em nenhum momento, nós fomos avisados de que a prefeitura estava elaborando uma lei com as características da concessão urbanística, nem nós comerciantes e nem São Paulo

inteira. Foi um instrumento urbanístico que não foi discutido em hipótese nenhuma”(ob. cit. p. 57).

Assim, o comando constitucional impositivo de uma democracia participativa na formulação de projetos de desenvolvimento urbano, concretizado no Estatuto da Cidade, a meu ver, não foi respeitado.

Nesse ponto, poder-se-ia admitir que a participação popular fosse apenas consultiva, o que, de fato, se amolda mais ao “republicanismo delegativo” (Lúcio Kowarick, in São Paulo: Novos Percursos e Atores, Editora 34, p. 101), porém, o exercício da democracia direta nesses contornos se assemelha mais à democracia representativa. Não é isso o que preconizam o legislador constitucional e o Estatuto da Cidade, com vistas a concretizar o “direito à cidade”. Por sinal, o ilustre desembargador José Renato Nalini, em livro recentemente lançado (Direitos que a cidade esqueceu, Editora RT, pp. 133/134), sinaliza que “a cidade seria diferente se o seu habitante fosse mais proativo”, na esteira de estudos dos urbanistas, Cândido Malta Campos Filho, Ermínia Maricato, Raquel Rolnik e outros, citados por ele próprio, e elaborados no intuito de produzir alternativas para humanizar a cidade, e não para torná-la “global” (Mariana Fix, in São Paulo, Cidade Global, Editora Boitempo), isto é, incluí-la “no padrão mundial obcecado pelo turismo estrangeiro e pelo capital multinacional” (Henri-Pierre Jeudy, Espelho das Cidades, Casa da Palavra), que este sociólogo denomina de “espetacularização das cidades”.

Outrossim, nem se alegue que a paralisação do processo administrativo da concessão urbanística comprometerá os rumos e a sorte da ação do Estado e do Município na região conhecida “cracolândia” (incluída na área do Projeto Nova Luz), reiniciada no começo de janeiro deste ano, exceto se tais entes admitirem o ilusionismo social e político dessa ação governamental para a justificar a intervenção urbana ora questionada, até porque a “cracolândia” envolve questão eminentemente social e, portanto, não pode ser tratada por instrumentos urbanísticos, e sim por mecanismos e ações conjuntas de assistência social, saúde e trabalho. Nenhum paulistano discute a necessidade do Estado de retomar o espaço público da “cracolândia”, abandonado há anos por ele (há estudos técnicos demonstrando que, historicamente, os investimentos públicos na cidade acompanham o deslocamento espacial do capital) e pela sociedade civil (terra de ninguém), a mesma que, no mundo contemporâneo, pela indústria cultural e da consciência, pelos monopólios de opinião, não consegue imaginar concretamente o “mundo de um modo diverso de como ele dominadoramente se apresenta àqueles por meio dos quais ele é constituído” (Adorno, Capitalismo tardio ou sociedade industrial, p. 70). No entanto, essa retomada não pode ser marcada somente pelo desenvolvimento econômico e financeiro (produção capitalista de espaço David Harvey), pela exclusão social e pela migração de bairro de moradores de rua e viciados em “crack”, tampouco pode desencadear ações governamentais que em nome da segurança sacrifiquem demais a justiça social e a liberdade militarização da questão urbana (Marcelo Lopes de Souza, Fobópole, Editora Bertrand Brasil). Ou será, quando olharmos o local daqui alguns anos.

De outro lado, a participação da iniciativa privada foi assegurada (outra diretriz geral fixada no inciso III do artigo 2º do Estatuto da Cidade), pelo levantamento minucioso do mencionado urbanista, como admitida pelo próprio vice-presidente do SECOVI Sindicato das Empresas de Imóveis de São Paulo, Cláudio Bernardes (também conselheiro fiscal da Associação Imobiliária

Brasileira AIB), em entrevista transcrita na obra citada do urbanista Felipe (ob. cit, p. 51). Aliás, o mesmo vice-presidente atribuiu a sua instituição o “direito autoral” de escolha de utilização da concessão urbanística no projeto Nova Luz (ob., cit. p.145), após o engavetamento do projeto realizado pelo arquiteto Jaime Lerner, contratado pela referida instituição.

Por fim, a utilização da concessão urbanística, no contexto de uma gestão democrática “consultiva” da política de desenvolvimento urbano, corre o risco de transformar a intervenção urbanística em tela em mera “gentrificação” ou enobrecimento urbano, isto é, “transformações do espaço urbano, denotando mudanças socioculturais em área, resultante da compra, por atores ricos, de propriedades em comunidades menos prosperas. O enobrecimento urbano se relaciona ao aumento da renda familiar média, da renda fundiária, com a conseqüente expulsão de moradores tradicionais e a evicção da economia informal de espaços urbanos, alvos de intervenções, com ou sem auxílio do governo” (ob. cit. p. 142). Obviamente que a intervenção gentrificada caminha no sentido oposto aos objetivos constitucionais a serem perseguidos pela política de desenvolvimento urbano executada pelos municípios.

Aqui, não se olvide que a cidade de São Paulo já viu nos últimos anos diversos processos urbanísticos excludentes da população de baixa renda, em especial na área da operação urbana da Água Espraiada (os favelados da Água Espraiada, em torno de cinquenta mil, foram expulsos para favelas na periferia da cidade, sendo que grande parte deles foi morar em áreas de mananciais das represas Billings e Guarapiranga, protegidas por lei ambiental desde 1979), como bem descreveu a arquiteta e urbanista Mariana Fix em seu livro *Parceiros da Exclusão*, Editora Boitempo.

A par disso tudo, não se olvide que a mesma área do Projeto Nova Luz foi estabelecida, pelo plano diretor de 2002, como ZEIS (área reservada para a construção de moradia para famílias de classes média e baixa), o que só reforça a necessidade de participação efetiva da comunidade da região na formulação de projetos que interfiram com a vida local. Aliás, segundo Felipe Francisco de Souza, a ZEIS foi uma das razões que impediu a aprovação do projeto do arquiteto Jaime Lerner (ob. cit. p. 48). Calha dizer que, positivamente, a Lei Municipal 14.918/2009, ao menos, em tese, assegurou a implantação da ZEIS de acordo com as normas urbanísticas que lhe são aplicáveis. Entretanto, é sabido que este ano haverá revisão do Plano Diretor de 2002 e, segundo Felipe Francisco de Souza (ob. cit. p.47), existia (ou existe) proposta de retirada da ZEIS da região.

III ato administrativo: desvio de finalidade, motivo e teoria dos motivos determinantes.

Segundo se observa do ofício do Prefeito Municipal (fl. 269), que encaminhou o projeto de lei da autorização de aplicação da concessão urbanística nas áreas do projeto Nova Luz, o motivo preponderante para a utilização desse instrumento no aludido projeto era o de que ele propiciaria, com investimentos da iniciativa privada (concessionária), a execução de obras e serviços públicos sem a “necessidade de grandes investimentos pela Prefeitura”. Em outras palavras, a escassez ou insuficiência de recursos públicos para a implantação de outros instrumentos urbanísticos foi o que motivou o Prefeito Municipal a solicitar autorização legislativa para a utilização da concessão urbanística no Projeto Nova Luz. Ao menos, a motivação do projeto de lei foi isso.

No entanto, dois anos depois, os estudos de viabilidade econômica do futuro contrato de concessão urbanística, elaborados pela FGV integrante do consórcio contratado pela prefeitura para elaboração do projeto urbanístico, também composto pelas empresas Concremat Engenharia, Companhia City, e a AECOM Technology Corporation -, sinalizam que o projeto só se concretiza com investimentos públicos em torno de seiscentos milhões de reais, fora os já realizados desde 2005 com instrumentos de incentivos fiscais (Lei Municipal 14.096/2005) e mesmo com a contratação do aludido consórcio (em torno de doze milhões de reais). O próprio Secretário Municipal do Desenvolvimento Urbano, Miguel Bucalem, recentemente, em audiência na câmara municipal, admitiu o investimento da prefeitura em mais da metade dos cerca de R\$1,1 bilhão previstos para desapropriações e demolição de imóveis na “cracolândia” (fl. 570).

Ora, nesse contexto fático e incontroverso, sem muito esforço, denota-se que o motivo preponderante que justificou a aplicação da concessão urbanística nas áreas do projeto Nova Luz se revelou falso. Em outros termos, a lei de efeitos concretos, ora atacada, enquanto ato administrativo em sentido material, encontra-se viciada pela falsidade do motivo (ausência de grande investimento público) que levou à sua edição.

Anote-se que o autor coloca a questão sob o enfoque de outro elemento do ato administrativo, qual seja, a sua finalidade. No entanto, a meu ver, é a situação material que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para prática do ato (Celso Antonio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, 23ª Edição, Editora Malheiros, p. 382), que se mostrou falsa.

Aqui, pela teoria dos motivos determinantes (Celso Antonio Bandeira de Mello, ob., cit. pp. 382 e 388), “os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de 'motivos de fato' falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato”. É o caso dos autos. Não se pode dizer que o investimento de dinheiro público, da ordem de seiscentos milhões de reais (previsão inicial), não seja grande, no contexto da existência de outros instrumentos de política urbana, previstos no artigo 4º e seus incisos do Estatuto da Cidade, menos onerosos aos cofres públicos e, ao mesmo tempo, mais participativos da comunidade. Aliás, o próprio autor do instrumento da concessão urbanística, o advogado Paulo José Villela Lomar (ex-assessor jurídico da SEMPLA), em entrevista transcrita pelo urbanista Felipe Francisco de Souza, questionou a possibilidade técnica de sua aplicação no projeto Nova Luz (ob. cit. p. 146): “A concessão urbanística vai servir ali para quê. Essa é a pergunta. Demolir os prédios que existem para se fazer outros é uma operação de incorporação imobiliária, onde não existe a necessidade de construção de uma infraestrutura. Para este tipo de intervenção existem outros instrumentos urbanísticos, como o direito de superfície ou o consórcio imobiliário”.

Prosseguindo, tal vício enseja a anulação do ato administrativo, inclusive por meio da ação popular (artigo 3º da Lei Federal 4717). De outro lado, há potencial dano ao patrimônio público, sobretudo, pela possibilidade de contratação da concessionária dentro da equação financeira e econômica retratada acima, com grande investimento do poder público municipal, sem contar que, eventual anulação do ato de autorização (lei de efeitos concretos) ao final da lide

comprometerá a própria validade da licitação e do contrato, importando em mais despesas e danos ao patrimônio público, inclusive decorrente de indenização à concessionária.

Além disso, a manutenção da aplicação da concessão urbanística, no contexto de escassez ou insuficiência de recursos públicos, a meu ver, mostra-se incoerente, até à vista de outras ações governamentais ocorridas recentemente (autorização legislativa para alienação venda ou permuta - de alguns imóveis públicos para a construção de creches, sob a alegação de insuficiência de recursos públicos) e, sobretudo, da existência de outros instrumentos urbanísticos, já citados acima, menos dispendiosos ao poder municipal.

A par disso tudo, muito embora não seja objeto da presente ação, em juízo provisório, vislumbra-se que a concessão urbanística, tal como delineada no Plano Diretor e, agora, na Lei Municipal 14.917/2009, é de duvidosa constitucionalidade, por ofensa aos artigos 22 inciso II e artigo 175 da CF.

Em primeiro lugar, esse instrumento urbanístico é inédito na legislação brasileira. Não constou da CF e do Estatuto da Cidade. Com base no rol exemplificativo dos instrumentos de política urbana, previstos no artigo 4º do Estatuto da Cidade, o advogado Paulo Lomar, em 2001, inspirado em intervenções urbanas realizadas por meio de agências específicas (instituições, empresas ou sociedades de economia mista, criadas em países da Europa), concebeu o referido instrumento, como concessão de obra pública, regulada, assim, pela Lei de Concessões. O objetivo deste enquadramento seria escapar dos limites constitucionais impostos (licitações) inclusive às empresas públicas e sociedades de economia mista (Artigo 173 e incisos).

Da leitura do conceito legal, denota-se que a concessão urbanística constitui instrumento de intervenção urbana estrutural destinado à realização de urbanização ou de reurbanização de parte do território municipal a ser objeto de requalificação da infraestrutura urbana e de reordenamento do espaço urbano com base em projeto urbanístico específico em área de operação urbana ou área de intervenção urbana para atendimento de objetivos, diretrizes e prioridades estabelecidas na lei de plano diretor estratégico.

Pelo contrato de concessão urbanística, o poder concedente (município) delega à concessionária a execução de obras urbanísticas de interesse público, por conta e risco da empresa, de modo que o investimento desta seja remunerado e amortizado mediante a exploração dos imóveis resultantes destinados a usos privados nos termos do contrato de concessão.

A remuneração da concessionária, segundo a lei, dentre outras fontes, se dará por meio da alienação ou locação de imóveis, inclusive dos desapropriados e das unidades imobiliárias a serem construídas, da exploração direta ou indireta de áreas públicas na área abrangida pela intervenção urbana ou qualquer outra forma de receita alternativa, complementar ou acessória, bem como pela receita de projetos associados.

Em resumo, o Poder Público Municipal efetua a declaração de utilidade pública e de interesse social dos imóveis a serem objeto da desapropriação, com base na alínea “i” do artigo 5º do Decreto-lei 3365/41 (Lei das Desapropriações), e, posteriormente, a concessionária de obra pública, nos termos do artigo 3º do mesmo decreto-lei, promove a desapropriação pagando,

judicial ou amigavelmente, os proprietários dos imóveis expropriados, que serão incorporados ao seu patrimônio, sobretudo para realização de incorporação imobiliária e a implementação do projeto urbanístico.

O artigo 3º da LD só autoriza ao concessionário de serviços públicos (ou estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas), que não é o caso da concessionária acima (que executará obras urbanísticas de interesse público (ruas, avenidas, parques, museus, praças, etc, previstos no projeto), além de incorporação imobiliária), a promoção da desapropriação, ainda assim para melhorar ou expandir a prestação do serviço público. São os concessionários de serviços de fornecimento de energia elétrica, de comunicação, etc.

Portanto, sem alteração da LD pela União (Artigo 22 inciso II) não haveria como a concessionária em tela promover a ação de desapropriação.

Em segundo lugar, o contrato de concessão de serviço público (artigo 175 da CF), diferencia-se do mero contrato administrativo de prestação de serviços, pela remuneração (tarifa) do concessionário decorrente da exploração do serviço concedido (Celso Antonio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 28ª edição, p. 715).

Já o contrato de concessão de obra pública, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, in Direito Administrativo, 20ª edição, Editora Atlas, p. 304 se caracteriza pela transferência ao concessionário da execução de uma obra pública (construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel público pertencente ou incorporado ao domínio público), que será remunerado pelos beneficiários da obra (a contribuição de melhoria mais valia imobiliária - decorrente da obra é paga pelo seu beneficiário ou usuário ao concessionário que a construiu) ou em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona (pedágio para remunerar a construção de rodovias por exemplo).

No caso, pelo que se observa do conceito legal do contrato de concessão urbanística, a concessionária seria também remunerada pela venda ou locação de imóveis particulares incorporados a seu patrimônio (e não ao do município) por conta da desapropriação decretada pelo município.

A lei de desapropriações prevê realmente na alínea i do seu artigo 5º a possibilidade de desapropriação para a execução de planos urbanísticos, que não se confunde, anote-se, com a desapropriação por zona (José Carlos de Moraes Salles, in A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência, Editora RT, p. 194). No entanto, segundo o doutrinador acima, desembargador aposentado do TJSP, na desapropriação para fins de urbanização ou reurbanização, não se cogita de possível valorização extraordinária das áreas adjacentes, o que ocorre na desapropriação por zona.

Na realidade, a revenda dos imóveis que restarem depois da execução do plano de reurbanização, não é o objeto principal da desapropriação (Celso Antonio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, p. 897), o que não parece ser o caso da concessão urbanística, até porque a parcela significativa da remuneração da concessionária decorre da revenda ou locação de imóveis desapropriados.

O mesmo doutrinador menciona oportuno acórdão do Egrégio TJSP, da relatoria do ex-ministro do STF, Sydney Sanches, no qual se admite a revenda de tais imóveis com a ressalva de “prioridade dos atuais proprietários na aquisição das edificações”, o que descaracteriza a mera especulação imobiliária (incorporação imobiliária), cuja atividade econômica não pode ser exercida, segundo a CF (Artigo 175), pelo Estado e, por conseguinte e por lógico, transferida à concessionária de obra pública.

De outro lado, dentro do conceito de concessão de obra pública, dado pela doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro, como a concessionária em tela obterá grande parcela de sua remuneração não dos beneficiários das obras públicas (ruas, avenidas, praças, etc) realizadas e sim dos adquirentes dos imóveis particulares por ela construídos, em incorporação imobiliária, resta descaracterizado, a meu ver, o enquadramento da concessão urbanística como concessão de obra pública.

Por fim, a desapropriação por zona, admitida pela LD (artigo 4º), diante da previsão do tributo denominada contribuição de melhoria e do artigo 175 da CF de 1988, se mostra inconstitucional (Celso Antonio Bandeira de Mello, ob, cit. p. 896).

IV liminar.

Por fim, o parágrafo 3º do artigo 1º da Lei Federal 8.437/92 - que veda concessão de liminar que esgote, no todo ou em qualquer, o objeto da ação -, aplicável à ação popular, segundo a jurisprudência, não pode infirmar, por completo, o poder cautelar geral do juiz, que é imanente à judicatura e, segundo parte da doutrina, garantia constitucional pela atual redação do princípio da ubiqüidade da justiça (CF, artigo 5º, XXXV), sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Em outros termos, o juiz, diante do convencimento de que o ato administrativo causará dano de difícil reparação ao patrimônio público até que haja o julgamento final da lide, não pode deixar de suspendê-lo por conta da aludida norma legal proibitiva (veda a concessão de tutela antecipada artigo 1º da Lei Federal 9494/97 e de liminar contra o Poder Público que esgote, total ou parcialmente, o objeto da ação), que, a rigor, constrange sobremaneira o poder cautelar do juiz - por razão não bem intencionada do legislador, obviamente -, a ponto de afetar substancialmente o próprio exercício da ação popular, enquanto uma das poucas formas de participação direta do povo na vida política do Estado desde Roma Antiga, fiscalizando a gestão do patrimônio público, como bem leciona Jose Afonso da Silva (in Ação Popular Constitucional, Editora RT, p. 194).

Ante o exposto, nos termos dos artigos 5º parágrafo 4º e 22 ambos da Lei Federal 4.717/65 e do artigo 799 do CPC (poder cautelar geral do juiz), para evitar que o dano ao patrimônio público se efetive com a contratação de empresa para a execução da concessão urbanística nas áreas do projeto Nova Luz, concedo a liminar para suspender os efeitos da Lei Municipal 14.918/2009, enquanto ato administrativo em sentido material, até ulterior decisão deste juízo, e assim como o processo administrativo citado na inicial.

Cite-se (artigo 7º inciso IV da LAP) e intime-se o réu para imediato cumprimento da tutela, sob as penas da lei. Cite-se o Município de São Paulo, enquanto litisconsorte necessário, nos termos do artigo 6º caput e parágrafo 3º da LAP.

Ciência ao MPE.

Int.

São Paulo, 26 de janeiro de 2012.