

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0035867-34.2009.8.19.0002
RELATORA: MARIA AUGUSTA VAZ M. DE FIGUEIREDO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OPERAÇÕES INTERLIGADAS EM NITERÓI. PLANO DIRETOR E LEI 1.732/99. DISCREPÂNCIA DE CONTRAPARTIDA PARA FLEXIBILIZAÇÃO DE GABARITO DE CONSTRUÇÃO. VIOLAÇÃO À RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DEFESA DO MEIO AMBIENTE URBANO SUSTENTÁVEL E EQUILIBRADO. DANO AMBIENTAL URBANÍSTICO. COMPENSAÇÃO E RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. REPARAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS E AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO SÃO IMPRESCRITÍVEIS. IRRELEVÂNCIA DA BOA-FÉ AO CAUSADOR DE DANO AO MEIO AMBIENTE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA CONJUNTA DAS LEIS Nº 1.157/92 – PLANO DIRETOR - E 1.732/99.

Sentença que acolheu prejudicial de prescrição quinquenal para a ação civil pública. Dano urbanístico ambiental, direito fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ainda que a lesão a eles causada seja passível de valoração econômica para fins de reparação, não se submete tal ação civil à disciplina da prescrição, ante a natureza permanente dos danos e à luz do artigo 37, §5º, da CRFB/88. Entendimento predominante no STF anda no sentido de aplicação da imprescritibilidade do dano ao erário, não impondo específicas restrições para tanto. Ademais, o não pagamento da integralidade do que seria devido nos moldes de determinação legal resulta, em tese, no dano ao erário, decorrente de ato de improbidade, pois o ente municipal, ante a atribuição de indevida interpretação da Lei 1.732/99, concorreu para a incorporação ao patrimônio particular da construtora ré, causando, ainda que culposamente, dano ao erário.

Precedentes deste Tribunal no mesmo sentido.

Parcial provimento do recurso com reforma da sentença.

Vistos, relatados e decididos estes autos de apelação cível nº. 0035867-34.2009.8.19.0002, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO e apelados SOTER SOCIEDADE TECNICA DE ENGENHARIA S/A e MUNICÍPIO DE NITERÓI.

Acordam os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento à apelação.



Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MP, contra a sentença de fls. 229/238, que julgou extinta, com exame do mérito, a presente ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público em face da construtora Soter e do Município de Niterói, tendo por causa de pedir os danos materiais e morais supostamente causados à coletividade pela construção de empreendimento situado na Rua Souza Dias, 55, Vital Brazil, naquele município.

A pretensão formulada pelo *parquet* em sua peça inicial traça tese de que, ao permitir a construção do aludido empreendimento, com a quebra das regras gerais relativas ao gabarito, o Município permitiu a subversão da ordem urbanística, assim causando dano ao meio ambiente - entendido na sua acepção artificial, em conduta na qual se locupletou a construtora ré. Indicou a ilegalidade e a inconstitucionalidade da Lei municipal nº 1.732/99 (Lei Municipal da Operação Interligada) e do Decreto nº 8.088/99, que a regulou, pois os diplomas teriam transferido para o Poder Executivo faculdade discricionária exagerada, para efetuar verdadeira delegação da definição dos padrões urbanísticos e de construção. Assim, aqueles diplomas teriam frustrado as normas previstas na Lei nº 1.157/92 (Plano Diretor do Município), em especial por distorcerem o instituto da "operação interligada", abordado no artigo 17 deste Plano Diretor. As rés teriam permitido que a quebra dos padrões construtivos de gabarito, que geraram crescimento urbano desordenado e piora de qualidade de vida aos habitantes, fosse realizada mediante contrapartida irrisória por parte das construtoras interessadas, violando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Por essas razões, o Ministério Público pediu a condenação solidária dos réus ao pagamento de indenização pelo dano moral de caráter coletivo decorrente do dano ambiental, e a condenação da construtora ao pagamento de indenização por dano material, calculado sobre o faturamento obtido com o acréscimo de gabarito ao empreendimento, descontados os custos de construção e o valor já pago a título de contrapartida, ou, subsidiariamente, a diferença entre a contrapartida paga e aquela que deveria ter sido cobrada pelo Município, se tomasse por sua base de cálculo, não a valorização do terreno (como dispõem o artigo 9º da Lei nº 1.732/99 e o artigo 5º do Decreto nº 8.088/99), mas sim a valorização do empreendimento (como dispõe o artigo 17, § único, do Plano Diretor municipal).

A sentença ora apelada entendeu ter ocorrido o prazo prescricional quinquenal, aplicando, por analogia, a norma do art. 23 da Lei nº 4.717/65, Lei da Ação Popular, por considerar que o pedido não versa sobre a tutela do meio ambiente, mas sim sobre pretensão meramente patrimonial, em razão da impossibilidade de reversão do *status quo ante* decorrente da operação interligada impugnada.

Nas razões de apelo (fls. 240/261), o *parquet* apelante alegou imprescritibilidade da pretensão relativa a dano ambiental urbanístico e, no mérito, remeteu à argumentação da petição inicial, pugnando pela incidência da causa madura e julgamento do mérito em segundo grau.



Contrarrazões, às fls. 287/300 e 301/322, pela Soter e pelo município, respectivamente, prestigiando a sentença em seus termos e aduzindo, no mérito, a legalidade do ato de aprovação do empreendimento de acordo com os ditames legais vigentes.

Opinando em segundo grau, o Ministério Público ofereceu o parecer da Procuradora de Justiça Patricia Silveira da Rosa, às fls. 327/336, que opinou pela provimento do apelo, com a reforma da sentença.

Estão satisfeitos os requisitos de admissibilidade.

É O RELATÓRIO

A análise dos autos revela, de plano, a aplicação equivocada, pela sentença, do instituto da prescrição, sendo certo que por qualquer ângulo que se analise a pretensão veiculada pelo MP, ela não sucumbiu ao prazo prescricional. A premissa equivocada da qual partiu a sentença é a de que a lide aborda mera questão patrimonial, de perdas e danos, como que uma cobrança, e tal não é verdade. Há, no caso concreto, dano ambiental urbanístico, verdadeiro direito difuso constitucional ao meio ambiente equilibrado, cuja violação justifica o restabelecimento do *status quo ante*. Apenas e tão somente nas hipóteses de impossibilidade do seu restabelecimento, todavia, é que a responsabilidade pelo dano ambiental se resolve em perdas e danos, **sem, entretanto, resultar na perda do caráter de dano ambiental a conduta do agente, e assim submeter-se aos prazos prescricionais respectivos, ou a sua ausência.**

De acordo com os réus, a prescrição quinquenal incidiria na hipótese, contado o prazo da aprovação do projeto do empreendimento, por não se tratar de lide relacionada a ressarcimento de dano causado ao erário público por ato de improbidade administrativa, ou mesmo de pretensão referente a dano ambiental. Todavia, como já visto e ao contrário do alegado, a espécie cuida de dano urbanístico ambiental, direito fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ainda que a lesão a eles causada seja passível de valoração econômica para fins de reparação, não se submete tal ação civil à disciplina da prescrição, ante a natureza permanente dos danos e à luz do artigo 37, §5º, da CRFB/88:

“§5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Em que pesem os argumentos trazidos pelos réus, com fundamento de que o ressarcimento de dano ao erário somente seria imprescritível quando a hipótese fosse oriunda de ato de improbidade, inclusive colacionando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sabe-se que o atual entendimento predominante no STF anda no sentido de aplicação da



imprescritibilidade do dano ao erário, não impondo específicas restrições para tanto. Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. Incidência, no caso, do disposto no artigo 37, § 5º, da Constituição do Brasil, no que respeita à alegada prescrição. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento."

(RE 608831 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-06 PP-01245)

"EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada."

(MS 26210, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RTJ VOL-00207-02 PP-00634 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 148-159)

"Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição federal) interposto de acórdão proferido por Tribunal Regional Federal cuja possui o seguinte teor: "PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE ACÓRDÃO DO TCU. ALEGAÇÃO DE INVALIDADE DO TÍTULO EM FACE DA PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO. APLICAÇÃO DO PARÁG. 5º. DO ART. 37 DA CARTA MAGNA. RECURSO IMPROVIDO. 1. À luz da diretriz estampada no parág. 5º. do art. 37 da Carta Magna, as ações que visam à recomposição do patrimônio público são imprescritíveis. 2. Precedentes desta Corte Regional, do que é exemplo a AC 404.602-AL, Rel. Des. Federal MARCELO NAVARRO,



DJU 09.05.07, p. 641.3. Apelação improvida." (fls. 82) Alega-se violação do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição federal. O recurso não merece seguimento. O Plenário desta Corte, no julgamento do MS 26.210 (rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe de 10.10.2008), fixou orientação no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário. Confira-se, também, o RE 608.831-AgR (rel. min. Eros Grau, DJe de 25.06.2010). Dessa orientação não divergiu o Tribunal a quo. Do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 9 de setembro de 2010. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator." (629241 PB, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 09/09/2010, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 20/09/2010 PUBLIC 21/09/2010)

Importante notar que o STF não restringe a aplicação do artigo 37, §5º, da Constituição Federal, mas sim lhe entrega aplicação plena, conforme previsto pelo Constituinte. Mostra-se, pois, impossível acolher a interpretação restritiva do comando Constitucional, ligada apenas aos atos de improbidade, visto que a Carta da República traz declaração taxativa quanto à imprescritibilidade do ressarcimento de dano ao erário.

Não apenas isso, mas ainda que acolhêssemos a argumentação sobre a improbidade administrativa levantada em defesa, ela não se prestaria a socorrer os réus, posto que o não pagamento da integralidade do que seria devido nos moldes corretos de determinação legal resulta, em tese, no dano ao erário, decorrente de ato de improbidade, pois o ente municipal, ante a atribuição de indevida interpretação da Lei 1.732/99, concorreu para a incorporação ao patrimônio particular da construtora ré, causando, ainda que culposamente, dano ao erário. Nesse sentido, o artigo 10 da Lei 8.429/92 prevê:

Artigo 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

Cabe aqui a menção à obra do professor de José Afonso da Silva a respeito do tema:

"A prescrição, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar



que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu *ius persecuendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*)” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 673.)

Superada a prejudicial acolhida na sentença, cabe avaliar a possibilidade de exame do mérito. É possível, *in casu*, a aplicação da teoria da causa madura, conforme solicitado pelo MP, hipótese em que o juízo *ad quem* pode decidir o mérito da causa, sem a necessidade de devolução ao juízo *a quo*. Muito embora o §3º do artigo 515 do CPC disponha sobre julgados sem exame do mérito, sabe-se haver maciço entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de o Tribunal, ao afastar preliminar de prescrição ou decadência reconhecida na sentença, adentrar no mérito da causa. Na causa em mãos, a questão prescinde de ulterior dilação probatória, preponderando sobre a resolução da lide reflexões de direito, e não de fato, permitindo incidir o dispositivo legal.

No mérito, o pedido autoral deve ser parcialmente acolhido. A ação ajuizada pelo MP diz respeito à implementação, em determinado empreendimento imobiliário do Município de Niterói, do instituto das “operações interligadas”. Conforme se colhe dos autos, esta figura, por sua vez, constituiu inovação legislativa introduzida em Belo Horizonte, Natal, São Paulo, e outros municípios. Neste último, ocorreu no final da década de 1980, pela Lei nº 10.209/86, tratando-se de instrumento de política pública de habitação, pois previa a possibilidade de flexibilização das normas de uso do solo, mediante contrapartida de construção e doação ao Poder Público de “*habitações de interesse social para a população favelada*” (artigo 1º da lei), de modo que se poderia dizer que estava o instituto condicionado ao projeto de recuperação do processo de exclusão habitacional e criação de comunidades de baixa renda e/ou marginais no Município de São Paulo.

Já no Município de Niterói parece ter havido completa subversão da axiologia existente por trás do instituto das operações coligadas, que pode ser resumido a simples desconsideração das posturas municipais de gabarito, por



meio de aquiescência discricionária a desvinculada do Executivo, mediante pagamento de quantia em dinheiro absurdamente inferior ao aproveitamento econômico que a “benesse” administrativa gerava ao particular. É sabido que a Lei nº 1.732/99 (fls. 46/47 do inquérito administrativo em apenso) já foi revogada, mas ainda causa enorme espanto que ela tenha sido promulgada e sancionada, dada a quantidade e intensidade de incongruências e disparates em seu conteúdo. Apenas a título exemplificativo, uma vez que não cabe aqui qualquer tipo de controle de sua constitucionalidade, seja pela revogação ou pelo ditame da súmula vinculante número 10 do STF, merecem destaque os artigos 4º e 6º da Lei e o artigo 4º do Decreto 8088/99. Estes dispositivos conferiam, de modo temerário, total discricionariedade ao Poder Executivo na apreciação da conveniência da aplicação do instituto em cada caso concreto. Até ao leigo intérprete fica evidente a abertura de brecha para corrupção, favoritismos e desrespeitos outros aos princípios da moralidade e impessoalidade administrativas.

O legislador do Município de Niterói, ao aprovar o Plano Diretor (Lei nº 1.157/92), também previu a possibilidade de utilização pelo Poder Público desse método de ordenação urbana, que veio condicionado à futura aprovação de lei regulamentar. O artigo 17 do Plano Diretor do Município regula a matéria de operações interligadas:

Art. 17 – As Operações Interligadas constituem a permissão de alteração de determinados parâmetros de uso e ocupação do solo por parte do Poder Público, de acordo com projeto urbanístico específico e com a participação de recursos da iniciativa privada e submetido à aprovação da Câmara Municipal.

Parágrafo único – Para efeito de utilização das operações interligadas, serão estabelecidas as contrapartidas dos interessados, calculadas proporcionalmente à valorização acrescida ao empreendimento projetado, sob a forma de:

- I – recursos para o Fundo Municipal de Urbanização;**
- II – obras e serviços de infra-estrutura urbana;**
- III – terrenos e habitações destinadas à população de baixa renda;**
- IV – recuperação do meio ambiente e do patrimônio cultural**
- V – terrenos destinados à implantação de equipamentos públicos.**

Após o Plano Diretor, em 1999, adveio em Niterói a lei específica para regulamentar as operações interligadas - Lei nº 1.732/99, seguindo-se a ela o Decreto nº 8.088/99 (fls. 49/50 do inquérito civil em apenso), atacados pelo Ministério Público sob alegações de serem inconstitucionais e ilegais. Finalmente, no âmbito federal, adveio a Lei nº 10.257/2001 (“Estatuto da Cidade”), posterior às leis municipais indicadas, e que estabeleceu a possibilidade de os Planos Diretores preverem a instituição dessa política urbana, mas com outra nomenclatura. Seus artigos 26 e 28 a 31 regulam a chamada “**outorga onerosa do direito de construir**”, ajustada mediante contraprestação, cuja fórmula de

cálculo deve ser prevista em lei municipal específica, destinados os recursos para fins de ordenação urbana.

Em relação à lei municipal de Niterói foi ajuizada representação por inconstitucionalidade - nº 58/2003. Entretanto, a ação perdeu seu objeto em razão da revogação da Lei municipal nº 1.732/99 (Lei da Operação Interligada de Niterói), pela Lei nº 1.962/2002 (Plano Urbanístico da Região das Praias da Baía). Assim, a alegação frontal de inconstitucionalidade da Lei de Operação Interligada que não pode ser reconhecida ou declarada em sede de controle abstrato, por se ter em vista a revogação o diploma pela Lei nº 1.962/2002.

De todo modo, e em especial quanto aos artigos que remetem especificamente à causa de pedir delimitadas nesta ação, não aparenta haver na Lei Municipal nº 1.732/99 vícios intrínsecos e inerentes de inconstitucionalidade, ao menos quanto à essência do seu objeto, que era em síntese a precificação do processo de relativização das posturas municipais de gabarito. O legislador previu a possibilidade de construção de prédios de maior gabarito em troca do aumento da receita para os cofres municipais, agindo dentro do seu escopo de legitimação constitucional de regulação do solo urbano, tanto mais quando se afere que poderia autorizar a majoração da altura das construções sem sequer impor determinada espécie de contrapartida aos particulares construtores. Improcede, portanto, a argumentação no sentido de que o mesmo legislador autorizado pela CRFB a alterar totalmente os índices e gabaritos de construção estaria proibido, de algum modo, de flexibilizá-los ou relativizá-los, mediante contrapartida patrimonial pelo construtor interessado, o que configura a "precificação" já mencionada, com objetivo de conduzir o resultado dessa política à garantia e à defesa dos mesmos interesses difusos que o próprio Plano Diretor municipal, e posteriormente o Estatuto das Cidades, visavam resguardar. Tanto assim que a Lei municipal nº 1.732/99 trouxe diretrizes para que os recursos financeiros decorrentes das contrapartidas prestadas pelos interessados em flexibilizar os gabaritos fossem destinados a serviços relativos ao próprio meio ambiente, à ordenação urbana, à infraestrutura pública e à habitação popular (artigos 11 e 12 da Lei de Operações Interligadas). Não se vislumbra, então, irregularidade no instituto das operações interligadas per se, que em momento posterior foi prestigiada pelo Estatuto da Cidade federal com a nomenclatura de "outorga onerosa do direito de construir", aparentemente mais adequada ao que se propõe.

Superada a questão da inconstitucionalidade, ainda que ela fosse de aferição possível por este órgão, o resguardo da pretensão ajuizada parece descansar sim na questão da legalidade, aliada a princípios norteadores e basilares da relação entre particulares e a administração pública, e do resguardo ao direito difuso a um meio ambiente equilibrado, saudável e sustentável. Em primeiro momento, devemos considerar a natureza jurídica e o conteúdo existente no Plano Diretor municipal de Niterói.

A Constituição da República, no seu artigo 182, regula a matéria, ao apregoar que:



Artigo 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Pois bem, considerando ser o plano diretor, por determinação constitucional expressa, **o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana**, há de ser considerado como norma de natureza regulatória geral e cujo conteúdo deve ser observado estritamente pelo administrador municipal, tanto na sua extensão de matérias previstas e normatizadas quanto na profundidade a que se fez impor regras específicas de cada assunto abordado pela norma de regência.

Conforme muito bem ponderado na apelação 0045652-20.2009.8.19.0002, de relatoria do Exmo. Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres, ***"Não há ilogicidade em erigir o Plano Diretor em nível normativo superior ao da Lei nº 1.723/99, embora ambas sejam leis municipais ordinárias, e por isso, em tese, gozassem de igual força normativa. É que a Lei de 1999 visava a regular um instrumento de política urbana já previsto e delineado no Plano Diretor, além de que este último tipo de legislação é arrolado pelo Estatuto da Cidade, logo na primeira alínea, como instrumento normativo privilegiado no planejamento municipal (art. 4º, inciso III, "a")."***

Rápida visita ao Estatuto revela a razoabilidade da ponderação:

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

As ponderações do mestre José dos Santos Carvalho Filho acerca do ponto são da maior relevância:

"Enquanto as diretrizes representam os caminhos fundamentais que o Poder Público deve trilhar para promover, da melhor forma possível, o processo de urbanização, os instrumentos urbanísticos correspondem aos mecanismos efetivos a serem



empregados para a concretização paulatina das diretrizes gerais. São, na verdade, os meios através dos quais o Poder Público pode tornar efetivos os planos, programas e projetos de natureza urbanística.” (CARVALHO FILHO, J.S. Estatuto da cidade comentado. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006)

Podemos reconhecer que Plano Diretor é o recurso jurídico para efetivar a materialização e a definição dos instrumentos de expansão urbana sustentável, bem como para erigir os necessários limites e critérios a serem obedecidos pelo agente público municipal ao promover a expansão da cidade, justificando sua observância.

Ao normatizar a problemática das operações interligadas, o Plano Diretor Niteroiense determinou expressamente que “*Para efeito de utilização das operações interligadas, serão estabelecidas as contrapartidas dos interessados, calculadas **proporcionalmente à valorização acrescida ao empreendimento projetado***”. O questionamento que invariavelmente exsurge ao julgador, de todo modo, é este: se o plano diretor fixou a contrapartida a ser calculada proporcionalmente à valorização acrescida ao empreendimento projetado, qual seria esta proporção? Ela não foi determinada.

Por sua vez, a já debatida Lei nº 1.732/99, no seu artigo 9º, definiu a proporção **mínima** de 50%, calculada, porém, sobre a “**valorização do terreno beneficiado com a Operação**”. Cita-se o dispositivo:

Art. 9º - O valor da contrapartida oferecida pelo interessado ao Poder Público, para a realização de Operações Interligadas, em obras ou doações, não poderá ser inferior a 50% (cinquenta por cento) da valorização do terreno beneficiado com a Operação.

É agora que desponta a pedra de toque do conflito de interesses trazido à apreciação judicial. Evidente, óbvia e gritante a qualquer pessoa a enorme diferença entre a valorização acrescida ao terreno e aquela agregada ao próprio empreendimento. Conforme laudo de fls. 157/158 do inquérito civil anexado, a aplicação da operação interligada fez saltar o número de andares de apartamentos de 07 para 12 pavimentos, majorando, logicamente, o gabarito em cinco andares, e o número de apartamentos em 25.

A contraposição entre a Lei nº 1.732/99 e o Plano Diretor não faz surgir, de plano, incompatibilidade, tendo em vista que aquela fixa o valor da contrapartida mínima a ser paga na operação interligada, que *não poderá ser inferior a 50%* da valorização do terreno. Nesse elemento, existe alguma justificativa plausível para o reconhecimento do terreno do imóvel como objeto do critério de valorização mínimo, em certos casos, como brilhantemente elucidado no acórdão já mencionado acima, ao qual se remete novamente:



“É justificável, em tese, que o patamar mínimo da contrapartida tenha sido fixado em proporção da valorização do *terreno*, e não do empreendimento, porque a operação poderia ser aplicada a particulares interessados na obtenção de outorga de direito de construir sem fins comerciais (e, com efeito, a listagem de procedimentos de fls. 88/99 relaciona algumas pessoas físicas como requerentes do “benefício”).

Se ilegalidade há, portanto, ela está na omissão de elemento fundamental, e em geral presente nas normas que tratam da dosimetria de aplicações de multas e contrapartidas pecuniárias: o estabelecimento de um patamar máximo, para conferir balizas minimamente objetivas ao exercício do juízo discricionário, por parte do Administrador.

De fato, não haveria sentido exigir a mesma contrapartida de, por exemplo, uma pessoa física interessada na construção de residência de uso próprio com recuo lateral menor que o de regra, e de grande empreendedor interessado na venda de mais uma dúzia de unidades em condomínio residencial ou comercial ”.

Razoável, portanto, estipulação de contrapartida sobre a valorização do terreno para certos e determinados casos, mas certamente não é a solução adequada para a utilização dada à legislação pela grande maioria dos requisitantes, sociedades empreiteiras de grande porte com vistas ao erguimento de empreendimentos enormes, de múltiplos apartamentos em cada pavimento, como meio de explorar o limite o crescimento vertical do terreno.

Não houve, por muita e inexplicável infelicidade legislativa, fixação de teto de compensação. Nada impediria que se inserisse na lei contrapartida de até 200%, 500% ou 1000% da valorização do terreno, ou do empreendimento, cabendo ao particular aferir o custo benefício de causar o dano ambiental – e ele ocorreu, como se verá – para a construção e venda de um número excedente de imóveis. Evidente que regulamentação completamente vaga e genérica, como aqui se vislumbra, tanto no que diz respeito ao cumprimento de requisitos e estabelecimento de critérios objetivos para a flexibilização de gabarito (já visto que foi relegado à pura discricionariedade da administração concedê-las ou não e a quem bem entendessem), quanto na apuração adequada, justa e proporcional da prestação patrimonial a justificar a agressão ambiental urbana.

A forma com que a Lei Municipal foi redigida é realmente ruim, e seus efeitos práticos deletérios podem ser sentidos na prática. Ainda que não tenham decorrido dela todos os empreendimentos soerguidos em Niterói nos últimos anos, é certo que por sua conta muitos e muitos apartamentos que, em princípio, não teriam sido construídos, o foram. A leitura de fls. 137/138 do



inquérito civil mostra que foram, no mínimo, 75 empreendimentos erguidos por operações coligadas, cada um cobrando seu preço à coletividade.

A enorme abstração, omissão e vagueza tanto da lei municipal quanto do seu decreto respectivo – que a deveria regulamentar, mas contribui apenas com mais incerteza – acabaram por aprofundar o problema de ocupação urbana de Niterói, agindo francamente contra o interesse público, em vez de ir ao seu encontro na promoção de um meio ambiente urbano equilibrado como direito de todos, tendo em vista inclusive o bem-estar das futuras gerações, prerrogativa de todos os brasileiros com assento no artigo 225 da CRFB.

A assertiva acima é de apreensão tão fácil que a simples reprodução dos números envolvidos no projeto e construção demonstra a qualquer pessoa de bom senso mediano a desconsideração dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. **O empreendedor efetuou o pagamento de R\$73.980,00 a título de contrapartida para a operação interligada, ao passo que foram alienadas por valores entre R\$90.000,00 e 172.000,00 cada uma das 25 unidades acrescidas pela relativização do limite vertical de construção em nada menos que cinco andares adicionais** (fls. 05 – afirmações incontroversas nos autos). **Mesmo assim, a ré SOTER recolheu contrapartida no piso legal.**

A extensão da flexibilização do gabarito, no caso concreto, implicou a expansão da área construída de 7.100,00 m² para 8.596,57m², ou seja, mais de 20% de acréscimo. Se considerarmos apenas as áreas destinadas à moradia, o percentual será muito maior. A leitura dos autos não contém indicação específica para o valor de negociação e venda de cada imóvel. De toda sorte, a já citada assertiva, não impugnada de fls. 05, revela os valores genéricos de venda. Ora, mesmo acolhida a conservadora projeção lançada pelo MP às fls. 06, é gritante a desproporção entre a contrapartida paga e o benefício auferido:

“Os apartamentos são de dois e três quartos e considerando que os superiores são normalmente os mais caros, pode-se concluir, apenas para efeito argumentativo, que o benefício auferido pelo empreendedor situa-se em torno de R\$3.000.000,00 (três milhões de Reais), calculando-se em torno de R\$120.000,00 os 25 apartamentos acrescidos com a operação interligada. E o município arrecadou com o empreendimento R\$73.980,00 ”.

Incensurável a afirmação de que os apartamentos acrescidos ao projeto, porque situados nos pavimentos superiores, são exatamente os mais valorizados, justamente por ser essa a regra no mercado imobiliário em qualquer local do mundo, sendo totalmente plausível que a soma final seja um acréscimo de pelo menos R\$3.000.000,00, se não mais, ao faturamento bruto do empreendimento. A contraprestação recolhida aos cofres públicos em virtude da



expressiva modificação do gabarito desenhada acima foi, então, de aproximadamente 3% sobre a valorização do empreendimento ou, num cenário ainda mais tragicômico, o valor da contrapartida equivale à entrada para a aquisição do apartamento mais barato do empreendimento, ou ainda, por outra previsão conservadora, quantia muito menor do que a tributação municipal de IPTU sobre as unidades.

A desproporção é de tamanha monta, de expressão tão grande quanto notável e de aferição tão fácil e óbvia, que não socorre as rés qualquer tese que levante a bandeira do ato jurídico perfeito, sendo por todo evidente não haver direito adquirido de lesão ao erário. De igual e inafastável modo, a boa-fé não é oponível pelo causador de dano ambiental, e tal orientação é inconteste:

Informativo nº 0507

Período: 18 a 31 de outubro de 2012.

Quarta Turma

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANO AMBIENTAL.

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva e pautada no risco integral, não se admitindo a aplicação de excludentes de responsabilidade. Conforme a previsão do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, recepcionado pelo art. 225, §§ 2º e 3º, da CF, a responsabilidade por dano ambiental, fundamentada na teoria do risco integral, pressupõe a existência de uma atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, impondo-se ao empreendedor a obrigação de prevenir tais riscos (princípio da prevenção) e de internalizá-los em seu processo produtivo (princípio do poluidor-pagador). Pressupõe, ainda, o dano ou risco de dano e o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado, efetivo ou potencial, não cabendo invocar a aplicação de excludentes de responsabilidade. Precedente citado: REsp 1.114.398-PR, DJe 16/2/2012 (REPETITIVO). REsp 1.346.430-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/10/2012.

Vale dizer, em havendo dano ambiental, a sua reparação é devida pelo causador, independentemente de sua atuação ter sido pautada pela boa-fé ou por orientação aparentemente lícita e autorizada – aqui de forma completamente equivocada – pelo Executivo. Assinale-se que, em resposta ao pagamento de determinada quantia ínfima, uma das regiões de maior fluxo de veículos da cidade bairro recebeu, na melhor das hipóteses, mais 25 automóveis para tráfego contínuo, talvez diário e os moradores do entorno do empreendimento ganharam mais cinco pavimentos de vizinhos para devassarem-se; por sua vez, os transeuntes e frequentadores das ruas que cercam o prédio receberam mais 15 metros de sombra projetada sobre o solo, nos dias de inverno, com as consequências que acarretam para a saúde geral da população



os corriqueiros efeitos da inversão térmica e da dificuldade de banho de sol nas estações mais frias. Facilmente se pode concluir que algum impacto também se terá verificado sobre a aeração do local. Esse é o dano ambiental a que se referiu no princípio do acórdão, e ao menos que se use algo além do simples bom senso, ele é patente e inegável, já que todas essas são consequências que independem de prova técnica específica, porque as regras ordinárias de experiência conduzem a tais conclusões.

Se por exercício instigante de imaginação, alguém propusesse inexistir dano ambiental decorrente dos desdobramentos acima, ainda assim encontraria muita dificuldade em defender alguma proporção ou razoabilidade na conduta de se aplicar a fórmula da contrapartida mínima – em 50% sobre a valorização do terreno - para a construção de empreendimento que permitiu à ré SOTER faturamento gigantesco, quando a capacidade econômica é fator determinante até mesmo para fins de fixação de indenização em sede de responsabilidade civil. O que parece ao julgador, pela leitura das entrelinhas de todo o ocorrido com as operações interligadas de Niterói, é que o mesmo odioso critério de escolha completamente aberta ao Executivo para eleger aqueles que, ao seu livre arbítrio e sem qualquer requisito, teriam direito a executar operação interligada, foi empregado para inexplicavelmente estipular remuneração de contrapartida no piso legal. A partir da falta de agentes públicos ou ex-agentes públicos no polo passivo da ação, estas reflexões se limitam ao campo da ponderação.

Em vista da grande carga probatória já acostada aos autos, fica possível ao julgador arbitrar valor líquido e certo para a diferença considerando razoável o arbitramento em R\$ 750.000,00, monta certamente inferior a 50% da valorização do empreendimento, e que leva em consideração os custos de construção, divulgação, administração e venda dos imóveis acrescidos, assim como a estimativa conservadora acolhida de fls. 06. Evita-se, dessa forma, procedimento de liquidação que, além de não pedido na inicial, se arrastaria certamente por longo período.

O dano moral coletivo pleiteado é improcedente. A uma, pelo fato de se reconhecer, por todo o arcabouço de fundamentação erguido no acórdão, que a procedência do pedido de indenização relativa a perdas e danos da diferença entre a contrapartida já paga pelo empreendedor e aquela que, por um juízo equânime e à luz das definições do Plano Diretor, deveria ter sido proporcionalmente cobrada à ré SOTER, implica o reconhecimento da validade, em tese, das chamadas operações interligadas. Ademais, porque seria incongruente conceder caráter de licitude à operação interligada em si, desde que compensada de maneira proporcional, em simultaneamente condenar o empreendedor e/ou o Município à prestação pecuniária que decorre de ato ilícito.

A contrapartida esperada da autorização concedida ao emprego da operação interligada tem como finalidade justamente compensar o dano ambiental coletivo decorrente da construção de edifício mais alto, e a sua cumulação com indenização por danos morais coletivos configuraria *bis in idem*,



não pelo objeto em si, mas pela razão de existência da obrigação de pagar. Destarte, não há que falar em indenização por dano moral coletivo, porque o objetivo de indenização seria o mesmo de compensação urbanística a ser paga a título de contrapartida pelo beneficiário do acréscimo, a ré SOTER e, em última instância, os compradores das unidades.

Por decorrência da fundamentação, os pedidos são improcedentes em face do município, verdadeira vítima de toda a dinâmica desastrosa trazida pela Lei Municipal em questão, e não agente causador dos danos ora reconhecidos. Importante repisar que o ente público não se confunde com seus agentes, e estes devem, ou deveriam, ter suas responsabilidades apuradas em ações próprias. A jurisprudência deste Tribunal tem imposto, à unanimidade, condenações às empreiteiras em casos análogos e decorrentes daquela ação civil pública originária. Confira-se:

Constitucional - Administrativo - Ação Civil Pública - Operações Interligadas - Município de Niterói. Permissão de alteração de parâmetros de uso e ocupação do solo, em área não edificante, mediante contrapartida - Dano ambiental - Discussão acerca do valor a ser vertido aos cofres municipais. Não há prescrição, porque o dano ambiental decorrente da permissão de utilização de área não edificante se renova diariamente e se perpetua no tempo. A contrapartida visa minorar os efeitos dos danos ambientais, porque, efetivamente, dano ambiental não é passível de "compensação", exceto por ficção política ou jurídica, por dinheiro. Tratando-se de Ação Civil Pública respaldada no artigo 1º, inciso I da Lei nº 7.347/85, que não estabelece prazo prescricional, não se pode aplicar o prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 21 da Lei de Ação Popular, de nº 4.717/65. Relatório Técnico do GATE que aponta maior valorização do empreendimento imobiliário que do terreno onde foi erguido. Comprovação dos danos ambientais e prejuízo decorrente ao erário municipal. Sentença que condenou o réu a recolher ao Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano o correto valor da contrapartida estabelecida no artigo 9º da Lei Municipal nº 1.732/99, com base no critério adotado pelo artigo 17 da Lei Municipal nº 1.157/92, "calculadas proporcionalmente à valorização acrescida ao empreendimento projetado". Desprovisionamento da Apelação. (AC 0038186-72.2009.8.19.0002, Des. Camilo Ribeiro Rulière, 8-5-2012, Primeira Câmara Cível)

Apelação civil. Ação civil pública. Município de Niterói. Operação interligada. Falta de interesse recursal do município, tendo em vista que não há qualquer prejuízo que justifique a interposição do recurso de apelação, pelo contrário, com o descumprimento da decisão o primeiro recorrente estará sendo beneficiado com a



entrada de receita aos cofres públicos. Prescrição afastada. Pagamento da contrapartida a menor. O valor devido deve levar em consideração a valorização do empreendimento e não do terreno. Decreto nº 8.088/99 que modificou o artigo 9º da Lei 1.732/99, passando a constar que o valor da contrapartida seria calculado com base em percentual sobre a valorização do terreno e não sobre a valorização do empreendimento. Não se admite qualquer espécie de contradição entre lei e regulamento, sob pena de nulidade deste. Não há conhecimento do primeiro recurso e desprovimento do segundo apelo, na forma do artigo 557 do CPC. (AC 0004010-33.2010.8.19.0002, Des. Plínio Pinto Filho, 30-3-2012, Décima Quarta Câmara Cível)



APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OPERAÇÃO INTERLIGADA. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. PRESCRIÇÃO AFASTADA. DANO URBANÍSTICO AMBIENTAL. CAUSA MADURA. COBRANÇA DO VALOR DA CONTRAPARTIDA. VALORIZAÇÃO DO EMPREENDIMENTO E NÃO DO TERRENO. DECRETO REGULAMENTAR QUE MODIFICOU LEI. NÃO PODE O DECRETO REGULAMENTAR CRIAR DI-REITOS E OBRIGAÇÕES DISTINTOS DA LEI À QUAL SE SUBORDINA. CONDENAÇÃO DA PRIMEIRA RÉ NO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. Reparação de dano urbanístico ambiental é imprescritível, ante a natureza permanente do dano. Afastada a prescrição e por estar a causa madura para julgamento, analisa-se o mérito. Decreto nº 8.088/99 que modificou o art. 9º da Lei 1.732/99, passando a constar que o valor da contrapartida seria calculado com base em percentual sobre a valorização do terreno e não sobre a valorização do empreendimento. Não se admite qualquer espécie de contradição entre lei e regulamento, sob pena de nulidade deste. Recurso parcialmente provido. (AC 0034912-03.2009.8.19.0002, Des. Cherubin Helcias Schwartz, 13-3-2012, Décima Segunda Câmara Cível)

Ação civil pública. Operação interligada. Lei 1.732/99. Ação intentada pelo Ministério Público com o fim de buscar a diferença a ser paga a título de contrapartida. Sentença acolhendo parcialmente o pleito aduzido pelo ministério público para condenar a construtora a recolher aos cofres públicos - Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano - o correto valor da contrapartida estabelecida no art. 9º da Lei 1.732/99 pela autorização que lhe foi concedida pelo ente municipal para construção do empreendimento imobiliário. Insurgência dos demandados. Não conhecimento do recurso interposto pelo ente público. Ausente na espécie o interesse recursal do município, tendo em vista que o pedido relativo ao ente municipal seria tão somente em relação à condenação de indenização por dano moral coletivo. Pedido condenatório dirigido à municipalidade foi julgado improcedente, razão pela qual carece de interesse recursal que legitime a interposição do presente recurso. Art. 499 do Código de Processo Civil. Ressalte-se que a decisão atacada pelo Município é benéfica aos cofres públicos, o que reforça, mais ainda, a conclusão de que inexistente interesse recursal, posto que o ente público não pode colidir contra seus próprios interesses. Inocorrência de prescrição. Imprescritibilidade do



ressarcimento de dano ao erário público. Aplicação ampla do art. 37, §5º, da Constituição Federal. Do valor devido a título de contrapartida - operação interligada. Inobservância ao texto, vigente à época, do art. 17, parágrafo único, do Plano Diretor de Niterói (Lei 1.157/92). Complementação da quantia faltante. A diferença pretendida leva em consideração o critério de valorização do empreendimento e não do terreno, abatidos os valores dos custos com a construção dos acréscimos e o já pago como contrapartida. A política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo poder público municipal tem por finalidade ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Art.182 da Carta Magna. Interpretação teleológica imprimida em análise conjunta das Leis nº 1.157/92 e 1.732/99. A quantia a ser paga deveria incidir sobre o valor de mercado das unidades imobiliárias projetadas. Valor pago pela construtora demasiadamente inferior ao que deveria ser conferido a título de contrapartida. Alegação da construtora que não há nos autos prova de que o laudo que deu origem ao valor pago por ela a título de contrapartida não tenha sido submetido à Comissão de Secretaria de Urbanismo do Município de Niterói. Art. 333, II, do Código de Ritos. Responsabilidade da construtora demonstrar a submissão do projeto à secretaria competente. Ademais, ainda que houvesse a submissão do projeto à Comissão de Secretaria de Urbanismo do Município, não estaria o Poder Judiciário impedido de proceder a análise da legalidade do arquitetado, especialmente quando fla-grantes constatações de lesão ao erário público. Sucumbência de-vidamente fixada. Negado provimento ao recurso. (AC 0004011-18.2010.8.19.0002, Des. Antonio Saldanha Palheiro, 14-02-2012, Quinta Câmara Cível) APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Direito Urbanístico. Lei nº 7.347/85. Meio-Ambiente. CONSTITUIÇÃO FEDERAL Art. 182 e 225. Lei Municipal de Niterói nº 1.732/99. "Operação Integrada". Inconstitucionalidade parcial do Decreto Regulamentador. Delegação genérica do Poder Legislativo para o Executivo. Responsabilidade pública objetiva. Ilegalidade da aprovação e execução do empreendimento imobiliário. Desmedido saturamento urbano para aquela área da cidade. Sério comprometimento da boa fluência do tráfego de carros e da livre movimentação no entorno pelos circundantes. Preservação da Ordem Urbanística como fa-tor de sadio desenvolvimento humano. Inobservância do Plano Diretor de Niterói. Dano material e dano moral coletivo caracterizados. Reincidência específica. Princípio



processual da iniciativa probatória do juiz. Isenção do pagamento das custas processuais, inclusive, a taxa judiciária e verba honorária pelo MUNICÍPIO Réu. PROVIMENTO DO RECURSO. (AC 0033116-74.2009.8.19.0002, Des. Pedro Saraiva Lemos, 16-11-2011, Décima Câmara Cível)

Em razão de todo o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedente o pedido, condenando a primeira ré SOTER a recolher ao Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano de Niterói (ou órgão que o tenha sucedido) a diferença de contrapartida no valor em R\$676.110,00, atualizados a partir desta data e acrescidos de juros moratórios desde a citação, além de despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, a serem revertidos em prol do Fundo Especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 26 de março de 2013.

MARIA AUGUSTA VAZ M. DE FIGUEIREDO
DESEMBARGADORA RELATORA

