

**DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO QUE DECLARA ÁREA
NON AEDIFICANDI EM TERRENO DE CIDADE, QUE NÃO SERVE
PARA OUTRA FINALIDADE, EQUIVALE À DESAPROPRIAÇÃO
INDIRETA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PARA FIXAR
INDENIZAÇÃO POR ATO NORMATIVO**

AÇÃO ORDINÁRIA

Autores: Planurb S/A e outros

Réu: Município de Niterói

Ementa: Havendo um condomínio quanto a lotes de terrenos foreiros, sendo que as parcelas do domínio útil são identificáveis em percentuais fixados na escritura, não há que se falar em litisconsórcio ativo necessário. Cada titular deve pleitear indenização pela sua parcela do domínio útil. Perfeitamente possível a indenização por ato normativo, desde que o mesmo tenha efeitos concretos, seja um ato específico. O Decreto que declara área non aedificandi em terreno de cidade, que não serve para outra finalidade, equivale à desapropriação indireta, pois retira todo o conteúdo econômico da propriedade. Procedência do pedido para fixar a indenização por ato normativo.

PARECER

I. Relatório

Segundo alegam os autores, na qualidade de titulares do domínio útil dos lotes 168 e 169, da quadra 6, do Loteamento Jardim Fluminense, depois de aprovado o Plano de urbanização da área que incluía o aludido loteamento e possibilitava a construção de prédios de até 20 pavimentos, a Administração Pública resolveu impedir as construções projetadas no local. Para tanto, baixou o Governador do antigo Estado do Rio de Janeiro Decreto 15.453/71, declarando de utilidade pública, para fins de desapropriação, toda a área objeto da concessão a Planurb S/A, que, a seu turno, houvera prometido vender aos demais litisconsortes da presente ação os lotes 168 e 169, aos quais ora se pleiteia indenização. Vale, desde logo, ressaltar que o preço dos mesmos já foi inteiramente pago à promitente vendedora, cabendo a indenização, acaso deferido, aos promitentes compradores, ora litisconsortes.

Acontece que, por falta de verbas, a desapropriação não foi levada a efeito, tendo caducado o decreto expropriatório. Objetivando o mesmo fim, segundo alegam os autores, sem justa indenização, o

Prefeito do Município baixou o Decreto n.º 2972/77 declarando área *non aedificandi* faixa compreendida pelo aludido projeto de urbanização que inclui os lotes dos autores.

Formulam, por fim, os autores seu pedido às fls. 6, *verbis*:

- “a) Indenização correspondente ao valor da totalidade do domínio útil dos lotes objeto de desapropriação indireta, a ser apurado em perícia adiante requerida, corrigida, monetariamente até a data do efetivo pagamento, valor esse que deverá ser acrescido de juros compensatórios de 12% ao ano, a partir da citação inicial, cumulados com juros moratórios de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória;
- b) Custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da indenização.”

Requereram, ao ultimar a inicial, a citação de Natan Tubenchlak e s/m para integrar a lide na qualidade de litisconsortes ativos necessários, o que, efetivamente ocorreu, não comparecendo, entretanto, para integrar a relação processual.

Contesta o Município às fls. 35/42 alegando, em resumo, a ilegitimidade passiva *ad causam* já que, segundo aduz, a área objeto do presente litígio já houvera sido indenizada à Planurb S/A — Planejamento e Urbanização em ação de desapropriação indireta por esta proposta em face do Estado do Rio de Janeiro e do Município de Niterói e, por conseguinte, os demais litisconsortes a esta deveriam formular a sua pretensão indenizatória.

Alega ainda que a declaração de área *non aedificandi* pelo Município atendeu à solicitação do Governo estadual (fls. 41 e 79) e, portanto, dele é a responsabilidade por tal ato.

Réplica dos autores às fls. 82/85 alegando, em resumo: a) que a Constituição Federal assegura autonomia às entidades políticas e, se o Município, espontaneamente, atendeu à solicitação do Governo estadual, obrou a seu próprio risco, tornando-se o único responsável; b) a indenização a que fez jus a Planurb S/A diz respeito a terrenos de seu exclusivo domínio, não tendo a sentença objeto da outra ação (fls. 71) indenizado os lotes 168 e 169, da quadra 6, objeto do presente litígio e de que são promitentes compradores com quitação de preço os demais litisconsortes da presente ação.

Saneador irrecorrido às fls. 138, perito devidamente compromissado às fls. 142, em seu laudo, em resumo esclarece: a) que o objetivo do laudo é avaliar uma área total de 925m², no Bairro Centro, em Niterói (fls. 156) estando situados entre a estação de embarque dos aerobarcos e a loja Sandiz, não tendo sua frente caracterizada por uma rua ou avenida, por se encontrar atualmente servindo

como calçada para pedestre (fls. 159); b) O valor de compra atualizado monta a Cr\$ 44.440.511,00 (*Quarenta e quatro milhões, quatrocentos e quarenta mil, quinhentos e onze cruzeiros*) — vide fls. 175; c) o cálculo do valor do terreno pelo método das amostragens de imóveis prontos leva em consideração em seu cálculo o valor do m² nas redondezas em área construída (fls. 175 a 182), valorizando o terreno objeto da lide ao adotar o maior peso comercial (fls. 183) e calculando, por fim, toda a lucratividade que os autores teriam se tivessem executado seu projeto imobiliário (fls. 189 a 198), montando a indenização por tal cálculo em Cr\$ 428.255.376,00 (*Quatrocentos e vinte e oito milhões, duzentos e cinqüenta e cinco mil e trezentos e setenta e seis cruzeiros*); d) a área objeto de lide está parcialmente invadida pela Transtur e, quanto ao restante serve de calçada para pedestre (fls. 199); e) os lotes são foreiros à União e deles os autores têm o domínio útil regularizado (fls. 201); f) os lotes 168 e 169 da Quadra 6 não foram indenizados na ação proposta pela Planurb S/A, eis que estavam na relação dos lotes vendidos e a indenização paga pelo Estado só abrangeu os lotes não alienados.

Lauda do assistente técnico da ré às fls. 224 a 228 que obtém o preço médio do m² vendido nas imediações, apurando o valor de Cr\$ 249.750.000,00 (*Duzentos e quarenta e nove milhões e setecentos e cinqüenta mil cruzeiros*) para os dois lotes, objeto da lide e reconhecendo que tais lotes já foram indenizados em ação proposta pela Planurb S/A.

Termo de audiência às fls. em que autores e réu se reportaram às suas peças nos autos.

I. Fundamentação

Por questão de sistemática aludiremos, em primeiro lugar, às preliminares, isto é, à ilegitimidade ativa *ad causam* não avertada pelo réu e a ilegitimidade passiva *ad causam* argüida pelo mesmo.

Cumprе observar que a intervenção do Ministério Público no processo se dá em virtude da incidência do art. 82, inciso III, do Código de Processo Civil, ao qual o insigne membro do Ministério Público paulista José Fernando da Silva Lopes, citando o ilustrado professor José Frederico Marques, interpreta de forma magistral, *verbis*:

“Nessa ordem e a partir de tal fixação, estamos com o eminente José Frederico Marques, no sentido de que “evidencia-se o interesse público pela natureza da lide, em causas em que a aplicação do direito objetivo não pode ficar circunscrita às questões levantadas pelos litigantes, mas, ao contrário, deve alcançar valores mais relevantes

que tenham primado na resolução processual do litígio", uma vez que intervindo nestas causas, a favor do interesse público, o Ministério Público contribuirá para uma correta atuação da lei e equilibrando a dispositividade dos litigantes e o impulso oficial do juiz, assegurará a este neutralidade e equidistância quanto à resolução de fundo" (O Ministério Público e o Processo Civil, Ed. Saraiva, SP, 1976, pág. 62).

II.1 A ilegitimidade ativa ad causam

Conforme relatado, requereram os autores a citação de Natan Tubenchlak e sua mulher para integrar a lide na qualidade de litisconsortes ativos necessários (fls. 07), o que efetivamente ocorreu (fls. 30), não vindo os mesmos a compor o pólo ativo da relação processual apesar de regularmente citados.

É válido, nesta etapa, registrar a discussão doutrinária sobre a incidência, ou não, do art. 47, parágrafo único, ao litisconsórcio ativo necessário já que da mesma talvez pudesse brotar uma solução quanto à aludida condição do legítimo exercício de direito de ação.

Com efeito, leciona Moacyr Amaral Santos, *verbis*:

"Entendemos, entretanto, acompanhando não poucos doutrinadores, que a citação aludida no referido parágrafo único do art. 47 também abrange a dos litisconsortes ativos. Porque não sendo estes trazidos para o processo, como autores, o juiz terá que dar por extinto o processo por falta de uma das condições da ação — a legitimação para agir, que não a tem o proponente da ação desacompanhado dos demais consortes. Aquele que, para intentar a ação, deverá ser acompanhado dos consortes necessários, e na hipótese não se encontra, não tem legitimação e terá que ser declarado carecedor dela. Aplicação dos arts. 3.º, 225 n.º II e 267 n.º VI, do citado Código" (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Ed. Saraiva, SP, 1930, págs. 5 e 6).

Já Celso Agrícola Barbi é de outro pensar quanto à aplicabilidade do art. 47, parágrafo único, do Cód. de Processo Civil, valendo citar, *in verbis*, suas lições:

"A nosso ver, a melhor interpretação do Código é no sentido de só permitir a integração quando for caso de litisconsórcio necessário passivo. Em primeiro lugar porque tanto o final do art. 47, como o seu parágrafo, falam em citação, o que, em regra, se faz a réu, para defesa, e não à pessoa para agir como autor.

Além desse aspecto de natureza gramatical, verifica-se que nossa legislação civil já procura resolver o assunto, permitindo a uma pessoa propor, sozinha, ação para defender direito que é comum a ela e a outras, como se vê nos arts. 623, II, e 1.580, parágrafo único, do Código Civil, o primeiro a propósito do condômino e o segundo a propósito do co-herdeiro. Em outros casos, em que o litisconsórcio ativo é necessário, a lei cria meios de suprir a falta de iniciativa de outros titulares do direito. Isto se dá, v.g., no art. 11 do Código Proc. Civil, que permite ao cônjuge obter do juiz suprimento de outorga, quando o outro a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível dá-la.

Acresce que o direito, tradicionalmente, é avesso a constranger alguém a demandar como autor. A propositura de uma ação implica em um prévio exame das suas possibilidades de êxito, da disponibilidade de provas em dado momento, além de uma avaliação das despesas processuais — custas, honorários de advogado, etc. — em caso de derrota. Tudo isto faz com que a propositura de uma ação deva ficar a critério do interessado, não podendo ele ser constrangido a isso.

Finalmente, esse ponto de vista não irá sacrificar direitos, porque, fora dos casos em que a lei já prevê ação apenas por um dos titulares do direito, dificilmente surgirá algum em que o interesse de uma pessoa poderá ficar sacrificado pela recusa de outro titular do direito em propor ação judicial” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, RJ, 1981, vol. I, págs. 277 e 278).

Se partirmos da posição da existência de litisconsórcio necessário e se adotarmos a primeira posição haveria ilegitimidade ativa. Caso adotemos a segunda corrente, isto é, a não aplicação do litisconsórcio ativo necessário do art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil a ilegitimidade *ad causam* também teria de ser declarada.

Todavia, segundo se nos afigura, a hipótese dos autos não versa sobre litisconsórcio ativo necessário. Trata-se de indenização de domínio útil de terreno, direito este comum a todos os litisconsortes, todavia, é perfeitamente aceitável que seja excluída a quota de terreno do litisconsorte ausente da indenização a ser fixada, vindo este, em outra ação, se desejar, a demandar sobre a parcela que detém do domínio útil do imóvel. A comunhão de direitos, fonte do litisconsórcio, não é de tal ordem que não se possa atribuir valores diversos a quotas perfeitamente identificáveis do domínio útil do imóvel.

Por tais motivos, acaso o pedido venha a ser julgado procedente, opina, desde logo o Ministério Público pela exclusão percentual da quota do domínio útil que detém o litisconsorte ativo ausente.

II. II A ilegitimidade passiva ad causam

A contestação do Município cinge-se à inexistência desta condição do legítimo exercício do direito de agir, sob duplo fundamento: a) a área objeto do presente litígio já houvera sido indenizada à Planurb S/A em ação por esta interposta junto à Justiça Federal; b) o decreto declaratório de área *non aedificandi* foi baixado com base numa solicitação do Governo Estadual.

Nenhum dos dois fundamentos merece ser acolhido. O primeiro não encontra amparo na prova dos autos como, com acerto, demonstra a prova pericial na resposta ao terceiro quesito da ré em que fica demonstrado que foram indenizados à Planurb S/A apenas os terrenos que esta não alienou, não abrangendo, por conseguinte, os lotes objeto do presente litígio. Já o segundo não merece amparo legal já que a Constituição Federal assegura no art. 15 a autonomia municipal. Nem se avenge a possibilidade de intervenção estadual no caso de não cumprimento por parte do Município da solicitação do Chefe do Executivo Estadual, já que esta é medida excepcional de caráter corretivo político-administrativo, só admitida nas hipóteses expressamente aludidas na Constituição Federal (art. 15, § 3.º, a a f).

II. III A possibilidade de indenização por ato normativo

Como visto, o pedido de indenização do domínio útil funda-se no prejuízo que os litisconsortes ativos, agora já devidamente posicionados como não necessários, tiveram pela declaração da área objeto do litígio em *non aedificandi* através de ato normativo municipal.

Muito já se questionou sobre a possibilidade de responder civilmente o Poder Público por seus atos normativos. Hoje, segundo nos parece, é opinião comum impingir responsabilidade civil por atos normativos desde que os mesmos tenham efeitos concretos, isto é, possa ser individualizado o prejuízo causado pelos mesmos (a propósito, vide J. Cretella Júnior em *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, RJ-SP, 1969, Vol. VIII, pág. 260).

Cumpra observar que no caso concreto deve o Município responder por seu ato legislativo sendo aplicável na espécie a teoria da justa distribuição dos encargos pela coletividade, já que não seria lícito fazer aos titulares do domínio útil do imóvel suportar, sozinhos, os efeitos prejudiciais causados pelo ato legislativo. A propósito, vale registrar a lição de Themístocles Brandão Cavalcanti que, citando a moderna jurisprudência francesa, firma os seguintes princípios:

"1.º quando um dano especial é causado por uma lei a um particular, ou interesse da coletividade, o prin-

cípio da igualdade de todos perante os encargos públicos, exige que este prejuízo seja suportado por toda a coletividade;

2.º o silêncio do legislador a respeito da indenização deve ser interpretado no sentido da regra firmada acima; somente uma manifestação em contrário, no sentido de não caber indenização, pode eximir o Estado de reparar o prejuízo;

3.º estes princípios somente se aplicam às atividades lícitas e não imorais, casos em que, nenhuma indenização será devida" (Tratado de Direito Administrativo, Livraria Freitas Bastos S/A, RJ-SP, 1955, vol. I, págs. 428 e 429).

De fato, todos estes requisitos estão presentes na presente lide, devendo, por conseguinte, ser o Município responsabilizado por seu ato normativo causador de prejuízos patrimoniais a um grupo restrito de pessoas.

Cumpra ultimar advertindo que o ato, embora legítimo e legal, não deixa de gerar responsabilidade, valendo, ao ultimar tal tópico, citar José Afonso da Silva sobre o tema:

"A função social da propriedade urbana pode fundamentar destinos diversos para os terrenos, determinando a atividade dos respectivos proprietários e o conteúdo de seu direito. Com tal fundamento, é lícito determinar-se, por exemplo, a inedificabilidade absoluta ou relativa de determinados terrenos, que, em princípio, seriam edificáveis, sem necessidade de desapropriação, ainda que possa ocorrer a necessidade de ressarcimento de prejuízos devidamente comprovados" (Direito Urbanístico Brasileiro, Ed. RT., SP, 1981, págs. 103 e 104).

II. IV O Decreto que declara como área non aedificandi equivale à desapropriação indireta

Já analisada a possibilidade do Poder Público ser responsabilizado por ato normativo cumpre analisar se, de fato, o objeto da indenização deva ser a totalidade do domínio útil, conforme o pedido de fls. 06.

O destino natural de um imóvel com área que proporcionaria vista para a Baía de Guanabara é a edificação. Se tal não pode ocorrer na verdade esvaziou-se na sua totalidade o valor do imóvel.

A jurisprudência mais moderna de nosso Tribunal de Justiça assim se manifestou sobre o tema:

“Ementa: Proibição em não edificar — indenização. Direito de propriedade considerado pelo Poder Público como não edificável, inobstante cuidar-se de terreno objeto de loteamento regularmente aprovado e inscrito, inclusive cadastrado e tributável, enseja reparação pecuniária pelo dano causado ao respectivo titular, eis que decomposto todo valor econômico da coisa e importar em ofensa incontornável ao direito de propriedade (art. 524, do Código Civil), o qual tem, ademais, proteção constitucional (§ 22 do art. 153, da Carta Federal). Improvimento do apelo, feito o reexame necessário”. Acórdão unânime na Apelação Cível n.º 24.926, relator: Desembargador Nelson Martins Ferreira, publicado no DO, RJ, P. III em 04-03-83.

Por tais motivos manifesta-se o Ministério Público favoravelmente à indenização da totalidade do domínio útil do imóvel.

II.V O valor da indenização

Já vimos que, por não ser necessário o litisconsórcio ativo, deve ser excluído o valor da quota do domínio útil do litisconsórcio ausente.

Igualmente já restou demonstrado o direito à indenização dos litisconsortes que figuram no pólo ativo da relação processual. Resta, pois, determinar-se o *quantum debeatur* e, para tal, percorreremos uma análise crítica dos critérios adotados nos laudos do perito judicial e do assistente técnico de réu.

II.V.1 Crítica ao critério de correção monetária do valor de aquisição dos lotes

(fls. 170 a 175 do laudo judicial)

A simples correção monetária do valor de aquisição dos lotes não nos parece o melhor critério para refletir o valor do domínio útil dos lotes objeto do litígio. É que, sem necessidade de recorrer aos doutores da economia moderna, é consenso comum que a simples correção monetária não reflete a valorização imobiliária, não sendo, por conseguinte, o melhor critério avaliativo para o domínio útil dos lotes objeto do presente litígio.

II.V.II *Crítica ao critério de cálculo do valor do terreno pelo método das amostragens de imóveis prontos* (fls. 175 a 198)

Igualmente tal critério se nos afigura inadequado. É que parte o mesmo de valores encontrados em imóveis já edificados para apurar o m² em edifício novo e, após calcular as quotas de terreno de cada uma das lojas e salas, como se tivesse havido construção nos lotes objeto da lide, apurar o valor formal dos mesmos. Chega o perito ao valor de Cr\$ 428.255.376,00 (*Quatrocentos e vinte e oito milhões, duzentos e cinqüenta e cinco mil e trezentos e setenta e seis cruzeiros*) partindo de premissa falha a saber: os lotes não são edificados e não se pode aferir, em consequência, o valor dos mesmos com base na lucratividade da venda das quotas de terreno de uma construção que inexistiu. O que o sr. perito deseja com tal critério, em resumo, é avaliar o terreno pelo somatório do valor das cotas de terreno que as salas e lojas do projeto para o local previam.

Vale registrar, textualmente, a conclusão do perito às fls. 198 dos autos.

"E, finalmente, para valor total dos lotes objetos da lide, ou seja, os de n.ºs 168 e 169, será o somatório das cotas de terreno encontradas para as salas, Cr\$ 390.727.100,00, mais os da loja, Cr\$ 37.528.276,00.

Nesta conformidade, encontramos o total de Cr\$... 428.255.376,00 (Quatrocentos e vinte e oito milhões, duzentos e cinqüenta e cinco mil e trezentos e setenta e seis cruzeiros)."

Cumpra observar que, se tal critério for adotado estar-se-á indenizando também por lucros cessantes, o que efetivamente não foi objeto do pedido. Assim, caso V. Exa. venha a adotar tal critério estará ferindo o art. 460 do Cód. de Proc. Civil eis que julgará *extra petita*.

II.V.III *O critério de avaliação por comparação entre os preços dos terrenos próximos*

(fls. 294 a 298)

Utiliza o assistente técnico do réu o método comparativo segundo o qual traz à baila o valor do m² de terrenos alienados na vizinhança e multiplica pela área dos dois lotes, apurando, assim, o valor do terreno.

Tal critério se nos afigura mais realista e o valor encontrado Cr\$ 249.750.000,00 (Duzentos e quarenta e nove milhões setecentos e cinqüenta mil cruzeiros), mais próximo à realidade. Se observarmos que os terrenos que serviram de base de comparação no laudo do assistente técnico não têm vista para a Baía de Guanabara, mas porém, se igualmente ficarmos atentos que os titulares do domínio útil não têm a posse dos imóveis, o que, obviamente, diminui o preço do domínio útil dos lotes, veremos por tal critério é, segundo nos parece, o mais adequado para a fixação da indenização.

Na hipótese de V. Exa. compactuar da mesma posição requer o Ministério Público seja instado o perito do juízo a fornecer o valor do terreno com base no método comparativo do valor de terrenos próximos, tomando ainda em consideração o duplo fator acima aludido: a) a vista para a baía; b) a posse que os titulares do domínio útil não mantêm sobre os lotes, bem como a possível diminuição do valor dos mesmos pelo fato de serem foreiros à União.

III. Conclusão

Face ao exposto manifesta-se o Ministério Público pela procedência, em parte, do pedido excluindo-se do valor de indenização e quota de litisconsorte facultativo que não integrou a relação jurídica processual, bem como, a fixação do valor do domínio útil cuja titularidade pertence aos litisconsortes presentes com base nos parâmetros indicados no item II.5.3 da fundamentação da presente promoção.

Niterói, 26 de junho de 1983.

CELSO BENJÓ
Promotor de Justiça