

**M.M. JUÍZO DE DIREITO DA ____ VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DA CAPITAL/RJ**

GRERJ ELETRÔNICA DE Nº 90614161237-25

PASQUALE MAURO e sua mulher **THEREZINHA FICO MAURO**, brasileiros, ele empresário, portador da Carteira de Identidade nº 855.366-1, expedida pelo IFP/RJ, inscrito no CPF sob o nº 007.220.147-91 e ela do lar, portadora da Carteira de Identidade nº 012.721.21-3, expedida pelo IFP/RJ, inscrita no CPF sob o nº 043.028.457/83, ambos residentes e domiciliados nesta Cidade na Avenida das Américas, nº 10.033, Bloco 01, apartamento 801, Barra da Tijuca, e com o endereço eletrônico roberta@medinamaia.com.br, vem, à presença de V. Exa., por intermédio de suas advogadas infra-assinadas, conforme procuração acostada (doc. 01 – documentos pessoais e procuração), propor a presente

AÇÃO INDENIZATÓRIA

em face do **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de Direito Público Interno, que deverá ser citado na pessoa de seu Procurador Geral, no endereço localizado na Rua Sete de Setembro, 58-A, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20040-040, pelos motivos fáticos e de direito a seguir aduzidos:

1. RESUMO DOS FATOS

Trata-se de demanda intentada em face do Município do Rio de Janeiro por sua conduta comissiva, que culminou em completo esvaziamento de poder econômico em terreno de propriedade dos autores, circunscrito em território do ente municipal.

Alegando necessidade de preservação dos ecossistemas naturais, o réu, através do Decreto Municipal de nº 34.443/2011, publicado na Imprensa Oficial no dia 21/09/2011 (v. doc. 02 – cópia do decreto), criou o Parque Natural Municipal da Barra da Tijuca, que abrangeu o imóvel de propriedade dos autores, localizado na Avenida Lúcio Costa (antiga Avenida Sernambetiba), Lote 2-B do PA 34.087, Barra da Tijuca (v. doc. 03 – certidão de ônus reais).

Cumprе esclarecer que a propriedade dos autores conta com 176.940 m² de área (v. doc. 04 – espelho do IPTU), tendo sido integralmente atingida pelo mencionado parque.

Referido decreto alterou consideravelmente o zoneamento do imóvel, que deixou de contar, em sua integralidade, com uma Zona de Ocupação Controlada 3 (ZOC 3), delimitada pelo Decreto Municipal de nº 11.990/1993 (v. doc. 05 – cópia do decreto), que regulamentou a Área de Proteção Ambiental de Marapendi (APA de Marapendi), e passou a estar inteiramente inserido em área de Zona de Conservação da Vida Silvestre 2 (ZCVS 2). Encontra-se em anexo cópia da planta, na qual se verifica o zoneamento ambiental do imóvel ora discutido (doc. 06 – planta ZOC 3).

Com o objetivo de apontar com exatidão os prejuízos que a promulgação do Decreto de nº 34.443/2011 acarretou à propriedade dos autores, cumpre tecer alguns comentários acerca das características de cada uma das Zonas acima mencionadas.

Não é possível perder de vista o fato de que a criação da APA de Marapendi inaugurou uma restrição administrativa no imóvel dos autores. Todavia, com a regulamentação do Decreto Municipal que deu origem a essa APA (doc. 07 - Decreto de nº 10.368/1991), trazida pelo Decreto de nº 11.990/1993, os autores foram contemplados com a instituição de uma ZOC 3 em sua propriedade, o que

lhes permitia a edificação do terreno, permanecendo intocado o valor econômico de seu imóvel.

Sobre a ZOC 3, cumpre destacar o que dispõem os artigos 14 e seguintes do Decreto de nº 11.990/1993:

Art. 14. *Nas Zonas de Ocupação Controlada os parâmetros para edificação serão calculados e aplicados exclusivamente à área do lote situada dentro desta Zona, exceto na Zona de Ocupação controlada 3 (ZOC-3), onde, no cálculo de tais parâmetros, será permitida a soma de áreas do lote situadas em zonas distintas.*

Parágrafo único. A Área Total de Edificação (ATE) é calculada através da seguinte fórmula:

$ATE = IAT \times S$, onde:

a) *IAT representa o índice de aproveitamento do terreno definido para cada uma das Zonas de Ocupação Controlada definidas pelo presente Decreto, aplicável sobre as suas respectivas áreas brutas, independentemente da abertura de logradouro, praças ou outras áreas públicas.*

b) *S representa a área do lote, de acordo com o disposto no "caput" deste artigo.*

Art. 15. *No gabarito máximo, serão considerados todos os elementos da edificação, independente do uso, exceto os pavimentos no subsolo, enterrado ou semi-enterrado.*

Art. 16. *Nas Zonas de Ocupação Controlada (ZOC), quanto à vegetação, os projetos paisagísticos deverão utilizar espécies de restinga.*

(...)

Art. 22. *Na Zona de Ocupação Controlada 3 (ZOC-3) serão permitidos os seguintes usos e atividades:*

I - de Recreação e Lazer:

· balneário

II - Comercial:

· restaurantes

· bares

· lanchonetes

· casas de chá

· sorveterias

III - Hospedagem:

· hotel.

Art. 23. *Na Zona de Ocupação Controlada 3 (ZOC-3) fica proibido o parcelamento da terra admitindo-se apenas os remembramentos dos lotes e permitidas as edificações com os seguintes parâmetros:*

I - Gabarito - de acordo com o IAT e a Taxa de Ocupação, com máximo de 3 (três) pavimentos.

II - IAT - 0,15

III - Taxa de Ocupação: 10% (dez por cento)

IV - Afastamentos mínimos frontal: 3,00m (três metros) das dividas: 5,00 (cinco metros)

§ 1º Considerar-se-ão divisas laterais e dos fundos as faixas delimitadoras da Zona de Ocupação Controlada 3 (ZOC-3).

§ 2º Para o uso de hospedagem o lote mínimo será de 20 0.000,00m² (duzentos mil metros quadrados).

Como foi possível observar pela leitura dos artigos trasladados, as limitações administrativas oriundas da ZOC 3 não têm o condão de retirar o valor econômico do imóvel, uma vez que o mesmo conta com a possibilidade de construção, caso seja da vontade dos proprietários.

O mesmo não ocorre nas áreas de ZCVS.

A Zona de Conservação da Vida Silvestre (ZCVS) está compreendida na Zona de Vida Silvestre (ZVS) e abrange a zona costeira; as praias; a lagoa; os remanescentes de florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao redor da lagoa, nas nascentes permanentes ou temporárias, incluindo os olhos d'água e veredas; a vegetação de restinga; as dunas; os locais de alimentação, reprodução e pouso de animais e as faixas marginais de proteção da lagoa.

O artigo 10 do Decreto de nº 11.990/1993 determina expressamente as restrições que são impostas às ZCVS. Em razão disso, para melhor entendimento dessas limitações, faz-se necessária a transcrição do mesmo:

Art. 10. *Nas Zonas de Conservação da Vida Silvestre (ZCVS), fica vedado:*

I - impedir ou dificultar a regeneração natural da vegetação nativa;

II - fazer fogo de qualquer forma.

Parágrafo único. Ficam também vedadas as seguintes atividades, sem autorização do órgão referido no "caput" do art. 3.º:

1 - extrair recursos do solo e do sub-solo;

2 - abrir trilhas e clareiras;

3 - desenvolver qualquer atividade de pesquisa;

4 - introduzir espécies de flora e fauna, silvestre ou doméstica, a qualquer pretexto.

Por outro lado, em seu artigo 11, o Decreto de nº 11.990/1993 dispõe sobre as atividades e construções permitidas nas ZCVS, conforme se transcreve abaixo:

Art. 11. Na Zona de Conservação da Vida Silvestre (ZCVS), observado o disposto no art. 10, são permitidas atividades de caráter científico, manejo e controle ambiental, educativas, de recreação e de lazer.

Parágrafo único. Na Zona a que se refere o "caput" deste artigo são permitidas apenas construções de apoio necessárias às atividades, relacionadas no "caput" deste artigo, tais como:

1 - de administração da unidade de conservação;

2 - de manejo e controle da fauna e flora;

3 - de pesquisa científica;

4 - de salvamento;

5 - de transporte ciclovitário;

6 - de guarda de embarcações de apoio à fiscalização;

7 - de guarda de embarcações de vela, de remo e outras, não motorizadas desde que em lotes do Município;

8 - de exposições;

9 - de educação ambiental;

10 - de embarque a desembarque de passageiros de pequenas e embarcações

11 - de vigilância.

É possível observar, pela leitura dos artigos ora transcritos, que a criação do Parque Natural Municipal da Barra da Tijuca e a transformação das áreas de ZOC 3 em áreas de ZCVS 2 retirou o proveito material do imóvel, trazendo

um enorme esvaziamento econômico do mesmo, em vista da absoluta limitação quanto às construções no local, restando inconteste, portanto, a impossibilidade de edificação na propriedade dos autores.

A Lei Complementar de nº 133/2013, juntamente com o Decreto Municipal de nº 38.646, regulamentaram o Decreto nº 34.443/2011.

Referida legislação instituiu a Operação Urbana Consorciada Parque Natural Municipal da Barra da Tijuca, a ser realizada mediante a implementação do Plano da Operação Urbana, onde previu a Transferência do Direito de Construir, em favor dos proprietários atingidos pela restrição.

A LC de nº 133/2013 determina ser a Transferência do Direito de Construir o instrumento que permite transferir o potencial construtivo não utilizado no lote que sofreu a restrição, para outros lotes, onde o potencial construtivo refere-se à Área Total Edificável – ATE permitida para o local.

Mencionada lei estabelece que os terrenos do Setor I (constam no anexo da LC), dentre os quais se localiza o imóvel ora discutido, poderão ter o potencial construtivo total ou o correspondente a sua parcela localizada neste Setor, para outro terreno existente no Setor II (bem distantes daqueles localizados no Setor I).

Ademais, a legislação regulamentadora definiu que os proprietários atingidos pelo Decreto de nº 34.443/2011 somente farão jus às referidas transferências, mediante a contrapartida de doação do terreno ao Poder Público, para fins de implantação do Parque Natural Municipal da Barra da Tijuca.

Ora Exa., como se vê, a novel legislação ambiental que atingiu o terreno de propriedade dos autores não só extirpou o potencial construtivo da mesma como condicionou qualquer transferência de potencial construtivo à doação do imóvel ao Município do Rio de Janeiro, compelindo os autores a abrirem mão de sua propriedade, em troca de uma transferência do direito de construir absolutamente desproporcional ao valor econômico do imóvel antes da entrada em vigor do decreto de nº 34. 443/2011.

Diante do cenário imposto pelo réu a partir da promulgação do Decreto de nº 34.443/2011, não existe outra alternativa aos proprietários, exceto abrir mão de sua propriedade, em troca de ATE em imóvel distante do seu e de valor comercial infinitamente inferior, acarretando severos prejuízos aos autores.

Cumpre ressaltar que a referida transferência de potencial construtivo jamais equivalerá às perdas econômicas sofridas, uma vez que os autores deixarão de ser proprietários de imóvel na orla, onde o valor econômico é conhecidamente o mais elevado do município, para terem ATE em imóvel em áreas distantes e de valor econômico muito menor.

Além de obrigar os autores a transferirem o potencial construtivo para um setor específico e em área menos valorizada, o decreto determina que a transferência de ATE somente poderá ser realizada para os imóveis do Setor II (v. anexo à LC 133/2013), onde os autores não detêm qualquer imóvel em sua propriedade, não sendo possível, portanto, a absorção do ATE transferido. Isso gera ainda mais prejuízos ao patrimônio dos autores, pois além de desvalorização daquele patrimônio existente, a Prefeitura “força” a transferência do potencial para aqueles lotes específicos e que não pertencem aos autores, ou seja, não há garantia alguma de como isso será feito e se realmente pode ser feito.

De toda a sorte, a limitação é evidente. A inovação legislativa com a fixação dos parâmetros de ocupação dos terrenos nas respectivas zonas impede que se construa no terreno dos autores, por situá-los, desde então, em área de ZCVS 2.

Apenas para fins ilustrativos, é possível afirmar que o metro quadrado da terra nua no imóvel ora discutido era estimado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Com o advento do Decreto de nº 34.443/2011 o mesmo foi reduzido ao patamar de 1.000,00 (mil reais) apenas. Considerando a metragem do imóvel, a mudança imposta pela Municipalidade traduz perdas econômicas bastante expressivas aos autores. Portanto, em vista do notável esvaziamento econômico do bem de propriedade dos autores, fica evidenciado o dever de reparar por parte da edilidade.

2. DO DIREITO

É sabido ser permitido ao Estado intervir na propriedade privada imóvel por intermédio de três institutos diversos. São eles: limitação administrativa, servidão administrativa e desapropriação. Todas elas têm em comum o fato de que são formas de expressão do domínio eminente que o Poder Público exerce sobre os particulares e seus bens imóveis localizados em seu território. Muitas são as diferenças que as caracterizam, mas, dentre elas, é possível destacar o fato de que na limitação administrativa, via de regra, o Estado nada paga ao proprietário, enquanto na servidão administrativa o ente irá indenizar apenas os danos efetivamente causados ao particular e na desapropriação sempre caberá indenização, uma vez que se verifica a perda da propriedade.

O direito de construir poderá sofrer restrição ou condicionamento por meio de qualquer uma dessas modalidades de imposições públicas.

Cumprе esclarecer que a limitação trazida pelo Decreto de nº 34.443/2011 não deve ser entendida como servidão administrativa, por não configurar ônus especial imposto à propriedade, nem se trata de desapropriação, pelo fato de que não houve apossamento pelo Poder Público, muito menos o despojamento da propriedade.

Imperioso destacar os ensinamentos do professor Hely Lopes Meirelles, quando trata da definição das limitações administrativas: "*Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social*"¹.

O festejado doutrinador faz a relevante observação de que as limitações administrativas irão corresponder às justas exigências do interesse público que as motiva, sem produzir total aniquilamento da propriedade, portanto sendo legítimas, apenas, quando representam razoáveis medidas de condicionamento do uso da propriedade, não impedindo a utilização do bem segundo a sua destinação natural.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. P. 89.

Por uma leitura menos acurada do Decreto de nº 34.443/2011 e sua legislação regulamentadora, seria possível pensar as novas regras de zoneamento ambiental apenas como simples limitação administrativa.

No entanto, tal análise se revela absolutamente equivocada, na medida em que se verifica o famigerado conceito de aniquilamento da propriedade, já ressaltado por Hely Lopes Meirelles.

A restrição trazida à propriedade dos autores, com a implantação da ZCVS 2, traduz verdadeira interdição do uso da propriedade, e não mera limitação administrativa, uma vez que aniquila o domínio do imóvel e suprime o seu valor econômico.

O conceito de interdição de uso da propriedade é bastante difundido pela jurisprudência pátria, que reconhece, nesses casos, o dever do Poder Público indenizar os particulares atingidos pela mesma.

Sobre o tema, cumpre trazer à tona o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

*PROCESSUAL CIVIL. INDENIZATÓRIA. **LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA.** CRIAÇÃO DA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DE MACAÉ DE CIMA (APA DE MACAÉ DE CIMA), NO MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO. ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DO BEM QUE NÃO TRADUZ DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA QUE REQUER O EFETIVO APOSSAMENTO DO BEM. AÇÃO PESSOAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, COM BASE NO ART. 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I (.). A criação de áreas especiais de proteção ambiental - salvo quando tratar-se de algumas unidades de conservação de proteção integral e de uso sustentável em que a lei impõe que o domínio seja público - configura limitação administrativa, que se distingue da desapropriação. (.). **Se a restrição ao uso da propriedade esvaziar o seu valor econômico, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade, e, neste caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem.** (.). Esta indenização, todavia, não se fundará na existência de desapropriação indireta, pois, para que esta ocorra é necessário que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não se constituem desapropriação indireta. (.). Assim, ainda que ocorrido danos aos agravados, em face de eventual esvaziamento econômico de propriedade, tais devem ser indenizados pelo Estado, por meio de ação de direito pessoal fundada na responsabilidade aquiliana, cujo prazo prescricional é de 5 anos, nos termos do art. 10, parágrafo único, do*

Decreto-Lei n. 3.365/41. (.), proclama o colendo Superior Tribunal de Justiça; II é A pretensão foi ajuizada em agosto de 2011, e o decreto é de 2001, sendo tragada pelo lapso prescricional de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 3.365/41; III é Recurso ao qual se nega seguimento, ao abrigo do art. 557, do Código de Processo Civil. (0009917-44.2011.8.19.0037 - APELACAO - DES. ADEMIR PIMENTEL - Julgamento: 22/01/2015 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL). Grifos nossos.

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA CALCADA NO ESVAZIAMENTO DO CONTEÚDO ECONÔMICO DE IMÓVEL PERTENCENTE À PARTE AUTORA. MUNICÍPIO RÉU QUE ESTENDEU PARA O TERRENO DA DEMANDANTE ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA NA ESPÉCIE, HAJA VISTA QUE O BEM AINDA PERMANECE NA POSSE DA AUTORA, EMBORA COM LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS CONSIDERÁVEIS. DEMANDA QUE DEVE SER SUBMETIDA AO REEXAME NECESSÁRIO, NA FORMA DO ARTIGO 475, INCISO II E § 1º, DO CPC. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, QUE DEVE SER MANTIDA NO VALOR FIXADO NA SENTENÇA.** AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 22, §§ 2º E 6º, DA LEI Nº. 9.985, DE 2000. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO IMATERIAL A JUSTIFICAR A CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS REQUERIDA PELA PARTE AUTORA. JUROS COMPENSATÓRIOS QUE SOMENTE SERIAM DEVIDOS EM CASO DE DESAPOSSAMENTO DO IMÓVEL, O QUE NÃO OCORREU NA ESPÉCIE. TERMO A QUO DOS JUROS MORATÓRIOS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA, RELATIVOS À INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL, QUE DEVEM SER FIXADOS A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI MUNICIPAL Nº. 740/2003. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS QUE MERECEM SER MANTIDOS NO PERCENTUAL ESTABELECIDO PELO MAGISTRADO DE PISO. RECURSO DE APELAÇÃO QUE NÃO MERECE PROVIMENTO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. 1. Área de Proteção Ambiental da Lagoa de Iriry, município de Rio das Ostras. Lei nº. 740/2003, que estendeu a referida APA ao terreno de propriedade da autora. Ato que não pode ser definido nem como "desapropriação indireta" e nem como "limitação administrativa", devendo ser considerado como um **ato que aniquilou o direito dominial da autora, passível, portanto, de ser indenizado.** Precedentes do STJ. 2. Sentença que condenou a Fazenda Pública Municipal ao pagamento de indenização em valor superior a sessenta salários mínimos. Necessidade de se submeter a presente demanda ao reexame necessário, na forma do artigo 475, inciso II e § 1º, do CPC. 3. Indenização por danos materiais, que foi fixada de forma razoável e proporcional, tendo o perito do juízo utilizado o método comparativo para indicar o valor da indenização a ser paga à autora. 4. Alegação de invalidade da Lei Municipal nº. 740/2003, que não merece acolhida. Ausência de provas mínimas no sentido de que a municipalidade ré, de fato, teria descumprido as normas dispostas no artigo 22, §§ 2º e 6º, da Lei nº. 9.985, de 2000. Aplicação, ao caso, do princípio da presunção de legitimidade dos atos emanados do Poder Público. 5. Inexistência dos danos morais alegados nestes autos, haja vista a ausência de qualquer violação à honra subjetiva da demandante. 6. Cômputo dos juros

moratórios que não pode ter como referência a jurisprudência utilizada para os casos de desapropriação indireta, haja vista não ser este o caso dos autos. 7. Impossibilidade de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de juros compensatórios, haja vista que tal condenação somente é cabível para ressarcir o desapossamento do bem, o que não ocorreu na espécie. Precedentes do STJ. 8. Honorários advocatícios de sucumbência, que devem ser mantidos no percentual de 10% sobre o valor da condenação, tal como determinado na sentença apelada. Demanda que não se demonstrou tão complexa a ponto de justificar a fixação da referida verba em seu percentual máximo. CONHEÇO e NEGO provimento ao apelo da autora e, em sede de reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, para o fim de modificar o termo a quo da correção monetária e dos juros legais de mora da condenação imposta à Fazenda Pública Municipal. (0002584-55.2005.8.19.0068 – APELACAO/REEXAME NECESSÁRIO - DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 08/03/2013 - QUARTA CAMARA CIVEL). Grifos nossos.

Ainda sobre o dever de indenizar, destacam-se entendimentos emanados pelo Superior Tribunal de Justiça:

*ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NÃ CONFIGURAÇÃO. NECESSIDADE DO EFETIVO APOSSAMENTO E DA IRREVERSIBILIDADE DA SITUAÇÃO. NORMAS AMBIENTAIS. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. AÇÃO DE DIREITO PESSOAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. 1. A criação de áreas especiais de proteção ambiental - salvo quando tratar-se de algumas unidades de conservação de proteção integral e de uso sustentável em que a lei impõe que o domínio seja público - configura limitação administrativa, que se distingue da desapropriação. Nesta, há transferência da propriedade individual para o domínio do expropriante com integral indenização; naquela, há apenas restrição ao uso da propriedade imposta genericamente a todos os proprietários, sem qualquer indenização. **2. Se a restrição ao uso da propriedade esvaziar o seu valor econômico, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade, e, neste caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem. (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2009. 35ª ed., págs. 645/646.)** 3. Esta indenização, todavia, não se fundará na existência de desapropriação indireta, pois, para que esta ocorra é necessário que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não se constituem desapropriação indireta. 4. **Assim, ainda que ocorrido danos aos agravados, em face de eventual esvaziamento econômico de propriedade, tais devem ser indenizados pelo Estado, por meio de ação de direito pessoal fundada na responsabilidade aquiliana**, cujo prazo prescricional é de 5 anos, nos termos do art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei n.*

3.365/41. 5. No caso dos autos, como bem esclarece a sentença, mantida pelo acórdão, o ato administrativo municipal ocorreu em março de 1993, e a demanda só foi proposta em 18.5.2007, depois de esgotado, portanto, o lapso prescricional. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 155302 / RJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0066045-7. Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 13/11/2012. Data da Publicação: 20/11/2012). Grifo nosso.

ADMINISTRATIVO. CEMIG DISTRIBUIÇÃO S/A. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NECESSIDADE DO EFETIVO DESAPOSSAMENTO E DA IRREVERSIBILIDADE DA SITUAÇÃO. NORMAS AMBIENTAIS. **LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. ESAZIAMENTO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE.** AÇÃO DE DIREITO PESSOAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. 1. Não há desapropriação indireta sem que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não se constituem desapropriação indireta. **2. O que ocorre com a edição de leis ambientais que restringem o uso da propriedade é a limitação administrativa, cujos prejuízos causados devem ser indenizados por meio de uma ação de direito pessoal, e não de direito real, como é o caso da ação em face de desapropriação indireta.** 3. Assim, ainda que tenha havido danos aos agravantes, em face de eventual esvaziamento econômico de propriedade, devem ser indenizados pelo Estado, por meio de ação de direito pessoal, cujo prazo prescricional é de 5 anos, nos termos do art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 3.365 /41. Agravo regimental improvido (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1317806 MG 201210080818-4 (STJ) Data de publicação: 1411112012).

Imperioso destacar importante julgamento sobre o tema, de relatoria do e. Min. Celso de Mello, no Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ESTAÇÃO ECOLÓGICA - RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR - PATRIMÔNIO NACIONAL (CF, ART. 225, PAR.4.) - **LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - DIREITO DO PROPRIETÁRIO A INDENIZAÇÃO - DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR** - RE NÃO CONHECIDO. - Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. **Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.** - A proteção jurídica

dispensada as coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o dominus venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a **plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público**. Precedentes. - A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si - considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade -, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. - **A norma inscrita no ART.225, PAR.4., da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5., XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente a compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis a atividade estatal**. O preceito consubstanciado no ART.225, PAR. 4., da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias a preservação ambiental. - A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5., XXII). **Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do dominus, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, PAR. 4., da Constituição**. - Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput)” (RExtr nº 134.297/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, Julgamento: 13/06/1995, DJ de 22/9/95). Grifo nosso.

Cumprе salientar que não há na legislação regulamentadora do Parque Natural Municipal da Barra da Tijuca qualquer previsão de indenização. Aquela apenas trata de transferência de ATE e, ainda assim, mediante contrapartida de doação do imóvel ao município.

Referida situação é um escárnio diante do direito de construir a que os autores faziam jus. O que o réu impôs à propriedade dos autores, através da promulgação do Decreto de nº 34.443/2011 e suas leis regulamentadoras, revela o a estratégia ardilosa do Poder Público Municipal, que, **beneficiando-se de sua própria torpeza**, extirpa em absoluto o potencial edílico do imóvel dos autores, com o objetivo escuso, porém claro, de forçar a doação do imóvel. A estarrecedora transferência de potencial construtivo para às áreas mencionadas na LC 113/2013, se configura em verdadeira apropriação do município a preço de banana!

O perfil malicioso da conduta comissiva do réu fica evidenciado quando o mesmo, em um primeiro momento, retira o atrativo econômico do imóvel (direito de construir) e, uma vez que os proprietários ficarão com um verdadeiro elefante branco em suas mãos, num segundo momento, conferem a contrapartida da doação do imóvel mediante transferência de ATE para áreas onde o valor do metro quadrado é infinitamente menor do que aquele sobre a área doada. Tornando o imóvel inútil, fica mais fácil convencer o proprietário a doá-lo, aceitando como troca transferência de potencial construtivo absolutamente lesiva, por dirigir-se a áreas que não guardam equivalência financeira com a de áreas à beira mar. É essa a intenção escamoteada a real por trás do Decreto de nº 34.443/2011.

Note-se, portanto, que à luz da referida legislação, a alienação do potencial construtivo a terceiros, para fins de utilização em local diverso, seria a contrapartida atribuída ao proprietário pelo despojamento do direito de propriedade, a ser, então, doado ao Município. Sem tal doação, mantém-se o direito de propriedade. Porém, nesse caso, o que resta é apenas um papel a ser guardado na gaveta, pois o imóvel tornou-se desprovido de qualquer potencial edílico, inexistindo, portanto, possibilidade de exploração econômica.

A referida transferência de potencial construtivo **jamais equivalerá às perdas econômicas sofridas**, uma vez que os autores não terão mais sua propriedade imóvel localizada na **orla, onde o valor econômico é conhecidamente o mais elevado do município**, para terem ATE em imóvel em áreas distantes e com o valor de metro quadrado muito menor. Inexiste

equivalência, e não é necessário ser um *expert* em matemática para sustentar tal assertiva com segurança: obviamente, um imóvel localizado em quaisquer das áreas descritas no Setor II do Anexo I da LC 133/2013 (conforme apontado no mapa, todo o potencial edilício passaria para áreas **FORA** da orla) não terá valor de metro quadrado equivalente ao atribuído a imóvel localizado na beira da praia da Barra da Tijuca. Ora, Exa, qualquer morador da Barra da Tijuca sabe que um imóvel no condomínio erigido ao lado do Hotel Hyatt, na praia da Barra da Tijuca, custará mais caro que um imóvel situado na Avenida Abelardo Bueno ou na Avenida Ayrton Senna, consideravelmente distantes da praia. A lógica é a mesma e, pior, o Decreto em questão ainda obriga o proprietário privado de potencial edilício a transferi-lo para uma gama bastante reduzida de imóveis, o que revela aplicação bem mais restritiva do instituto da transferência do direito de construir do que a disposta no Estatuto da Cidade (Lei 10257/2001) e dificulta ainda mais a busca por interessados na aquisição de tal potencial.

A transferência de potencial construtivo sugerida pelo Decreto de nº 34.443/2011 impõe o estabelecimento de um **PREÇO VIL** à propriedade dos autores. Conforme mencionado, o metro quadrado da terra nua de seu imóvel, antes da entrada em vigor do referido decreto, girava em torno de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e, atualmente, o mesmo tem valor de mercado de, aproximadamente, R\$ 1.000,00.

Portanto, o ATE eventualmente alienado para as áreas descritas na LC 133/2013 jamais equivalerá ao preço do metro quadrado a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), uma vez que essa metragem se refere a terrenos localizados na **ORLA** da Barra da Tijuca e não em imóveis fora desse perímetro. Com isso, o Município se utilizou do ardiloso artifício de promulgação de um decreto que altera o zoneamento ambiental da área, na clara tentativa de **escapar da propositura de uma ação de desapropriação, na qual teria que pagar justa e prévia indenização em dinheiro aos proprietários, pela perda da área.**

Portanto, o que se vê claramente é que, a promulgação do Decreto de nº 34.443/2011 gerou um **dano emergente** aos autores e que, por isso, devem ser indenizados, uma vez que o valor pecuniário a ser atribuído ao imóvel foi drasticamente reduzido.

Como bem destacado pelo sábio professor Hely Lopes Meirelles, *“tratando-se de propriedade imóvel, mais premente é a necessidade das construções para que possa o dono auferir **todas as vantagens e colher todos os frutos** que o terreno lhe proporciona²”*. Logo, em propriedade onde o direito de construir é nulo, o esvaziamento econômico é certo. Nessa toada, se a redução do potencial construtivo é ocasionada em virtude de malicioso ato do Poder Público, esse deve ser responsabilizado pelo pagamento da indenização devida, uma vez que foi o causador direto do dano emergente gerado.

Apenas por amor ao debate, ainda que se argumente que não há certeza absoluta quanto à utilização de todo o potencial construtivo do imóvel ora discutido, revela-se **inequívoca** a perda da oportunidade de os autores exercerem o seu direito pleno, consubstanciado na total utilização do potencial edílico da área.

A Teoria da Perda da Chance aplicada à Responsabilidade Civil há tempos vem sendo debatida por respeitáveis doutrinadores. Sobre a mesma, é possível afirmar que grande parte da doutrina admite a possibilidade de se indenizar a perda de chance (oportunidade) séria e real que, como no presente caso, é dotada de valor econômico. Considera-se a ser a perda de uma chance modalidade de dano emergente, sendo também um dano presente, na medida em que a chance é perdida no momento em que se verifica o fato danoso.

Na hipótese de o réu se atrever a utilizar essa frágil argumentação, cabe destacar o que Gisela Sampaio da Cruz Guedes dispõe sobre a perda da chance de exercício do direito em sua plenitude:

*“(...) nos casos de perda de uma chance, não deve conceder-se a indenização pela vantagem perdida, mas, sim, pela perda da possibilidade de se conseguir esta vantagem, o que é muito diferente. (...) **dano certo que é configurado a partir da perda de uma possibilidade ou uma probabilidade de se conseguir o resultado favorável**. Sob esse ponto de vista, a indenização da perda de uma chance não se afasta, de fato, da regra da certeza do dano, uma vez que a possibilidade perdida,*

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 201. p. 30

*em si considerada, era efetivamente existente já no momento do fato lesivo*³.

Como visto, alternativamente, caso se discuta sobre a incerteza quanto à utilização de todo o potencial edílico do imóvel, é possível a aplicação da Teoria da Perda da Chance ao caso concreto, uma vez que os autores, notórios empreendedores imobiliários do município do Rio de Janeiro, deixam de contar com a possibilidade de comercializar o imóvel ora discutido, perdendo, no mínimo, a chance de utilizar o potencial edílico em sua totalidade.

Sobre a Teoria da Perda da Chance, cabe colacionar o seguinte julgado:

*RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO. 1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto. 2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010). 3. **A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. 4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.** 5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde. 6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1291247 / RJ 2011/0267279-8. Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 19/08/2014. Data da Publicação/Fonte DJe: 01/10/2014). Grifo nosso.*

³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. "Lucros Cessantes: do bom-sendo ao postulado normativo da razoabilidade". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 123.

Por fim, cumpre destacar o entendimento jurisprudencial acerca do prazo prescricional para o ajuizamento de ações indenizatórias nos casos em que não há o desapossamento, como no caso dos autos: o prazo prescricional para o pleito indenizatório é o previsto para todas as demandas de Direito Pessoal, sendo, com isso, de cinco anos, nos termos do parágrafo único do artigo 10, do Decreto-Lei de nº 3.365/41 c/c o artigo 1º do Decreto de nº 20.910/1932.

Por essa razão, insta esclarecer que o Decreto de nº 34.443/2011, que instituiu o Parque Natural Municipal da Barra da Tijuca e transformou o zoneamento da área foi publicado na Imprensa Oficial no dia 21/09/2011, data em que o mesmo passou a vigorar. Portanto, tendo sido distribuída na presente data, o pleito indenizatório não se encontra atingido pela prescrição.

Sobre o tema, cabe trazer a colação mais um julgado proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre o tema:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. Agravo retido que não se conhece, pois não reiterado na forma do art. 523, § 1º, do CPC. Preliminar de ilegitimidade passiva que se rejeita, posto que o Município editou o Decreto que restringiu os poderes inerentes à propriedade dos autores, não havendo como eximi-lo de figurar no polo passivo. Com relação à prescrição, em nada obstante o entendimento deste Relator no sentido de que quando a limitação administrativa esvazia todo o conteúdo econômico do bem configura, na verdade, desapropriação indireta, o STJ, em recente entendimento, se posicionou no sentido de não há desapropriação indireta sem que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público, ainda que esvaziem o conteúdo econômico. Desse modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais não constituem desapropriação indireta, **fundando-se, assim a pretensão reparatória em direito pessoal, de modo que o prazo prescricional é de cinco anos. No caso em questão, o Decreto que criou a área de preservação ambiental data do ano de 2002 e a presente ação indenizatória foi ajuizada em 2006, de maneira que não há que se falar em ocorrência de prescrição. Avaliação pelo perito do Juízo que se deu através do Método Comparativo, de forma regular e dentro dos padrões exigidos, segundo a Norma Técnica ABTN, tendo-se concluído por um valor ideal e justo, não havendo razão para não se seguir o que o expert sugeriu. Sentença que merece ser mantida. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. (0004803-07.2006.8.19.0068 - APELACAO 1ª Ementa DES. ANDRE**

RIBEIRO - Julgamento: 12/08/2014 - VIGESIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL). Grifo nosso.

Por toda explanação ora apresentada, é de fácil percepção o dever de indenizar que deve ser imposto ao réu, pelas interdições de uso acarretadas pela perda do potencial edílico da propriedade dos autores, por intermédio do Decreto de nº 34.443/2011, que esvaziou o valor econômico da integralidade de seu imóvel localizado na Avenida Lucio Costa (antiga Avenida Sernambetiba), Lote 2-B do PA 34.087, Barra da Tijuca.

Por oportuno, em virtude da integral perda econômica sofrida a indenização deverá levar em consideração a queda do valor de mercado do bem, a ser devidamente apurada por meio de prova pericial.

Cumpre destacar, ainda, que é entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de formulação de pedido genérico, quando diante da complexidade dos cálculos para apuração do *quantum debeatur* (Sobre o tema, vide AgRg no Recurso Especial de nº 906.713/SP – Relator: Min. Luiz Fux – j. 23/06/2009 – DJ. 06/08/2009).

3. DOS PEDIDOS

Pelo exposto, os autores vêm requerer:

- a) A citação do Município do Rio de Janeiro na pessoa de seu Procurador Geral, para, querendo, contestar a presente, sob pena de, se não o fizer, incorrer em revelia;
- b) A procedência do pedido de condenação ao pagamento de indenização pelas perdas e danos configuradas, que deverá levar em consideração a perda do valor econômico do bem imóvel sujeito à interdição de uso e fruição, em valor que deverá ser apurado através da prova pericial requerida e de liquidação de sentença ou, alternativamente e no mínimo, a chance perdida de utilização do potencial edílico outrora atribuído ao imóvel;

c) no caso de procedência do pedido constante do item “b”, seja o réu condenado ao pagamento dos juros legais e da correção monetária incidente sobre a verba indenizatória;

d) Com a procedência do pedido indenizatório, seja o réu condenado ao pagamento das custas e honorários advocatícios, a serem arbitrados de acordo com o artigo 82 e seguintes, do NCPC.

Protestam desde já por todas as provas em Direito admitidas e, em especial, pela **prova documental superveniente** e pela **prova pericial**.

Com fulcro no artigo 319, inciso VII e 334, parágrafo 5º, do NCPC, vem os autores informar que têm interesse na realização da audiência de conciliação.

Requerem seja anotado na capa dos autos o nome da advogada **ROBERTA MAURO MEDINA MAIA**, inscrita na OAB/RJ sob o nº 109.065, para efeitos de publicações e intimações.

Por fim, informam as advogadas subscritoras da presente Ação, que receberão as intimações na Rua Augusto Camossa Saldanha, 55, 2º andar, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro/RJ e nos endereços eletrônicos: ctsousa@adv.oabrj.org.br e roberta@medinamaia.com.br.

Dá-se à causa o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Termos em que pede deferimento.

Rio de Janeiro, 20 de Setembro de 2016.

Roberta Mauro Medina Maia
OAB/RJ 109.065

Carolina Teixeira de Sousa
OAB/RJ 152.461