

ny

72



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 10ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE NITERÓI

Processo nº 0006155-57.2013.8.19.0002

(Pasta 1414)

FRENIT CV10 20130226312 29/04/13 17:14:47125195 093017473

O MUNICÍPIO DE NITERÓI, por sua Procuradoria, nos autos da ação civil pública em epígrafe, que lhe move o **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, em cumprimento ao mandado de citação recebido em 28/02/2013, vem, com fulcro nos artigos 19, *caput* da Lei n.º 7.347/85 e artigos 297, c/c 188, ambos do CPC, apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I. TEMPESTIVIDADE

O mandado de citação recebido pelo Município de Niterói foi juntado aos autos em 06 de março de 2013. De acordo com o art. 188 c/c com o art. 297, ambos do CPC, o Município dispõe de 60 (sessenta) dias para contestar. Por conseguinte, o prazo para apresentação da presente defesa apenas se escoaria em 05 de maio de 2013,

m 1

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

sábado, prorrogando-se para o primeiro dia útil subsequente: 06 de maio de 2013.
Tempestiva, portanto, a presente contestação.

II. BREVE SÍNTESE DA DEMANDA

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Município de Niterói com vistas a impor ao réu que determine a realização de Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV previamente à outorga de licença para construção de prédios residenciais e comerciais de “grande porte” no bairro de Icaraí.

Segundo o autor, embora a legislação municipal (Lei nº 2.050/03) defina os empreendimentos cujo porte impõe a prévia realização de EIV, o critério legal adotado seria insuficiente, tornando o instrumento excepcional e extraordinário.

O autor afirma, ainda, que a região objeto desta ação sofre significativo crescimento imobiliário, provocando reflexos negativos para a população, uma vez que desacompanhada de qualquer melhoria na infraestrutura urbana, em especial a viária.

Desse modo, o *parquet* sustenta que deve ser exigida a realização EIV como medida destinada a proteger o cidadão dos referidos impactos negativos não apenas no licenciamento de empreendimentos subsumidos às hipóteses da Lei Municipal nº 2.050/03, mas também naqueles que, a seu ver, seriam de grande porte, adotando-se o critério do art. 61 do PUR das Praias da Baía (Lei Municipal nº 1.967/02).

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

Nesse sentido, colhe-se a seguinte passagem da petição inicial (v. fls. 11): “*Os empreendimentos que devem se submeter ao estudo, segundo o entendimento do Ministério Público, são os considerados de grande porte, nos termos do art. 61 do próprio PUR das Praias da Baía Lei Municipal nº 1.967/02, os multifamiliares residenciais e os comerciais, ambos com mais de 06 (seis) pavimentos*”. Esta a redação do dispositivo legal mencionado:

Lei nº 1.967/2002, art. 61: “*Para edificações com mais de seis pavimentos de unidades habitacionais é permitido embasamento nas seguintes condições: a) - semi-enterrado, que deverá ter no máximo dois metros acima do nível do meio-fio até o piso do pavimento térreo; b) - pavimento térreo, cujo fechamento e cobertura em laje somente é permitido fora da projeção da lâmina, obedecendo a um afastamento mínimo de quinze metros contados do alinhamento frontal do terreno, exceto no caso de embasamento comercial, em que poderá ser coberto fora da projeção da lâmina, obedecido o alinhamento frontal da fachada; c) - pavimento de uso comum, destinado ao lazer e recreação, que será obrigatório, e situado imediatamente abaixo do primeiro pavimento de unidades habitacionais, com área igual ou superior a área do pavimento tipo; d) - pavimento adicional de garagem, acima do pavimento térreo, nas mesmas condições deste, que somente será permitido nos casos em que for construída garagem no subsolo e no semi-enterrado; § 1º - O piso da cobertura do pavimento térreo ou do pavimento adicional de garagem, quando construído, poderá ser utilizado para atividades de lazer descobertas, integradas às do pavimento de uso comum. § 2º - Toda a área do terreno no pavimento térreo, inclusive fora da projeção da lâmina, poderá ser utilizada para vagas de estacionamento, resguardada a circulação de pedestres que deverão ser separadas por muretas, ou similares, com altura mínima de sessenta centímetros.” § 3º - Somente será permitido o pavimento adicional de garagem previsto na alínea d) deste artigo, quando existir de subsolo e semi-enterrado, ambos com a ocupação mínima*



NITERÓI

PREFEITURA

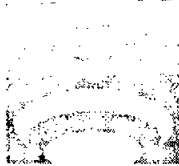
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

setenta por cento da área do terreno. § 4º - No pavimento semi-enterrado somente poderá ser utilizada a altura de dois metros acima do nível do meio fio quando existir sub-solo com área mínima correspondente a 70% (setenta por cento) da área do terreno, caso contrário a altura máxima será de um metro e trinta centímetros”.

Nesse contexto, este MM. Juízo proferiu decisão liminar, sem prévia otiva do Município-réu, nos seguintes termos: ***“Verossímeis as alegações da parte autora e presente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Assim, preenchidos os requisitos autorizadores previstos no artigo 273 do CPC, concedo a antecipação de tutela e determino, como condição a viabilizar a licença de construção dos empreendimentos imobiliários residenciais multifamiliares e comerciais, com mais de seis pavimentos, no bairro de Icaraí no trecho correspondente as frações urbanas IC-06, IC-07 (até pedra Itapuca), IC-08, IC-12 e IC-14, que o Réu proceda a prévia aprovação do Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV, a partir desta data, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 por cada licença de construção contrária ao ora determinado”.*** Contra a referida decisão liminar foi interposto agravo de instrumento, ainda pendente de apreciação.

Ocorre, porém, que o Ministério Público já havia ajuizado outra ação civil pública relacionada às mesmas frações urbanas, com o objetivo de impor ao Município a suspensão da aprovação de todos os empreendimentos imobiliários residenciais multifamiliares e comerciais com mais de 6 pavimentos (art. 61 do PUR), enquanto não promovida a revisão do respectivo Plano Urbanístico Regional (PUR das Praias da Baía) – doc nº 1. Nesta demanda, alegou-se, tal como na presente, que a região vem sofrendo crescimento imobiliário desenfreado e desacompanhado de melhorias na infraestrutura urbana, o que acarretaria impactos negativos na cidade e, em especial, no



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

trânsito. Desse modo, e tendo em vista o decurso do prazo legal para revisão do PUR, o *parquet* sustentou a necessidade de sua realização, requerendo a suspensão do licenciamento de determinados empreendimentos enquanto não editada a nova lei. E, nesse contexto, o MM. Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Niterói proferiu decisão liminar, nos seguintes termos:

“(...) A prova produzida até agora nos autos veio a demonstrar que a manutenção do deferimento indiscriminado de licenças para construção de empreendimentos imobiliários de grande porte na cidade de Niterói, que não possui infra-estrutura urbana compatível ao grau de adensamento advindo, sem a realização dos estudos de impacto ambiental (EIA) e de vizinhança (EIV) implicará em evidente e concreto prejuízo à qualidade de vida da população atingida, que se afigura de difícil ou impossível reparação. Nesse passo entendo cabível o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela para DETERMINAR QUE O MUNICÍPIO RÉU DEIXE DE AUTORIZAR A CONSTRUÇÃO DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS DE GRANDE PORTE na forma do artigo 61 o artigo 61 da Lei Municipal 1.967.02 - Plano Urbanístico das Praias da Baía, com a SUSPENSÃO DAS LICENÇAS por ele outorgadas para este fim no bairro de Icarai, no trecho correspondentes às frações urbanas IC-06, IC07(até a Pedra de Itapuca, IC 08, IC 12 e IC 14, até julgamento final de presente, sob pena de multa inicial de R\$ 50.000,00(cinquenta mil reais) a ser majorada a cada descumprimento, a ser revertida ao Fundo Municipal de Urbanismo e Habitação. Determino, também, em antecipação dos efeitos de tutela que o MUNICÍPIO RÉU PROMOVA A IMEDIATA REAVALIAÇÃO DAS LICENÇAS CONCEDIDAS APÓS A PROPOSITURA DA PRESENTE, mediante realização de estudos de impacto ambiental (EIA) e de vizinhança (EIV) como estabelecido no Estatuto da Cidade e no Plano Diretor de Niterói, sob pena de multa inicial de R\$ 50.000,00(cinquenta mil reais) a ser majorada a cada descumprimento, a ser revertida ao Fundo Municipal de Urbanismo e Habitação” – doc. nº 2.



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

O Egrégio Tribunal de Justiça, no entanto, deu parcial provimento a agravo de instrumento interposto pelo ora recorrente, reformando o provimento liminar nos seguintes termos:

“(...) Com a atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso, a questão foi devidamente enquadrada nos lindes perseguidos pela parte autora, porquanto a decisão deste Relator de fls. 280 excluiu expressamente as licenças já concedidas anteriormente à distribuição da ação. E foi este o desiderato da ação civil pública, que pretende prover para o futuro, evitando um maior adensamento populacional no bairro de Icaraí sem o crescimento dos serviços e dos equipamentos urbanos disponíveis para o local. Evidente que as construções já erguidas ou as licenças municipais já aprovadas ingressaram no patrimônio jurídico e material de terceiros e não poderiam ser atingidos por decisão judicial proferida meses, quiçá, anos depois da própria estabilização de seus efeitos práticos. Se, eventualmente, alguma licença foi concedida desde 2007 (ano do lustro legal em que, em princípio, a lei municipal deveria ter sido revisada) com infração de alguma norma ambiental, apenas o estudo casuístico poderá elucidar tal questão. Neste particular, deve vigor o princípio da legalidade dos atos administrativos, cabendo a prova de qualquer ilegalidade a quem a alega. Da mesma forma, as licenças concedidas anteriormente à distribuição da ação também não poderão ser atingidas pela decisão judicial limitadora do agir da autoridade administrativa na outorga do ato municipal, porquanto a retroação da decisão somente teria cabimento em um sistema jurídico que não se aferrasse às garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (CF, 5º, XXXVI). O que não é o caso do Direito Positivo Brasileiro. A necessidade de se observarem os estudos ambientais e de vizinhança para a concessão de novas licenças, todavia, se faz imperativa, não apenas em decorrência da lei municipal como também do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01). A fim de dirimir eventuais dúvidas, “novas licenças” são aquelas concedidas após a distribuição da ação. A questão do mérito da ação em si, isto é, a regularidade das licenças futuras, observando os relatórios de impacto, deverá ser apreciada em seu devido tempo pelo



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

juiz da causa. Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial no sentido de reformar, em parte, a decisão agravada apenas para excluir de seu alcance as licenças municipais já outorgadas até a data da intimação da liminar, mantendo a exigência da realização de estudos de impacto para as novas outorgas imobiliárias” (grifos no original).

Esta a ementa do acórdão proferido pela Eg. 9ª Câmara Cível em sede de agravo de instrumento:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI MUNICIPAL. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS. ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL E DE VIZINHANÇA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. ALCANCE DA DECISÃO. O juiz deve decidir a causa nos limites em que apresentada pelas partes (CPC, 128 e 460), sob pena de proferir decisão nula. Tendo o Ministério Público, em ação civil pública, requerido antecipação da tutela visando a suspensão de novas licenças para a construção de imóveis de grande porte, não pode o juiz suspender licenças já concedidas antes da propositura da ação. Violação das garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (CF, 5º, XXXVI). Os estudos de natureza ambiental e de vizinhança são exigências legais que devem ser observados em relação às licenças futuras, ou seja, concedidas após a data da intimação da decisão liminar. **Conhecimento e provimento parcial do recurso”** (grifos no original) – doc. nº 3.

O que se percebe, portanto, é que com base nas mesmas razões de fundo – alegado crescimento imobiliário desenfreado, desprovido da respectiva ampliação da infraestrutura urbana, em prejuízo da coletividade e do funcionamento da cidade, em especial do trânsito – o Ministério Público ajuizou ações distintas, a primeira com objeto mais amplo que a presente (suspensão da aprovação de empreendimentos



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

grande porte, nos termos do art. 61 do PUR, até que seja editada lei de revisão do PUR).

Veja-se, a propósito, que o autor relata o ajuizamento daquela demanda, sustentando, entretanto, a persistência de interesse processual no ajuizamento da presente, cujo objeto é mais restrito, no suposto fato de que o Município estaria agindo com “descaso” em relação às ações que buscam melhorar a qualidade de vida da população e buscando “eximir-se do cumprimento da decisão judicial”. Confira-se a seguinte passagem da petição inicial:

“Em outra ação, que visa à suspensão da aprovação de todos os empreendimentos imobiliários de grande porte, ou seja, residenciais multifamiliares e comerciais com mais de 06 pavimentos no bairro de Icaraí enquanto não promovida a revisão do PUR das Praias da Baía, há inclusive concessão de tutela antecipada – confirmada pelo Tribunal – determinando que o Município deixe de autorizar a construção de empreendimentos de grande porte com a suspensão das licenças por ele outorgadas. Embora a determinação retro tenha sido expressa, inúmeras licenças estão sendo concedidas, e o que é pior sem a prévia aprovação do competente Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV. O que demonstra o total descaso com as ações que buscam melhorar a qualidade de vida da população. Tanto é assim que, objetivando eximir-se do cumprimento da decisão judicial, o réu traçou naquela demanda discussão quanto à exigência de Estudo de Impacto de Vizinhança para empreendimento de grande porte (prédios residências ou comerciais com mais de 06 (seis) pavimentos)” (fls. 5).

A despeito da incompatibilidade de tal conduta com as normas processuais vigentes, como se verá mais a frente, o que deve ficar assentado desde logo é que a presente demanda foi ajuizada na pendência de ação judicial com objeto mais amplo e em cuja sede já foi proferida decisão liminar, com conteúdo distinto do da r.

39

118



NITERÓI

PREFEITURA

20

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

decisão liminar proferida nesta demanda, em prejuízo não apenas da defesa do Município, mas da própria coerência que deve pautar as decisões judiciais. Confirmam-se a seguir as razões que impõem a extinção da presente demanda ou, por eventualidade, a rejeição dos pedidos pleiteados pelo douto *Parquet* Estadual.

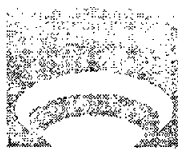
III. QUESTÕES PRELIMINARES

III. 1. DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR

O regular exercício do direito de ação depende do preenchimento de algumas condições. São elas: legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir. Tem pertinência com a presente causa a discussão acerca da existência ou não da última delas.

O interesse de agir consiste na utilidade do provimento jurisdicional requerido para o demandante. Pode ser traduzido por um binômio: *necessidade* e *adequação*. A *necessidade* diz com a imprescindibilidade da tutela jurisdicional para o atendimento dos interesses do demandante. Já a *adequação* apresenta um duplo sentido: está ligada tanto à idoneidade do provimento jurisdicional para assegurar a tutela ao direito do autor quanto à correção do meio eleito pela parte para atingir esse mesmo fim. No caso vertente, o Ministério Público se valeu de via absolutamente inadequada e desnecessária para o exercício de suas pretensões.

III.1.1. PRETENSÃO ABSORVIDA PELO OBJETO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA JÁ PROPOSTA: INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E DESNECESSIDADE DO PROVIMENTO PLEITEADO



NITERÓI
PREFEITURA

3}

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

Como já referido, em 2009 o *parquet* ajuizou ação civil pública em face do Município com o objetivo de impor a suspensão de aprovação de todos os empreendimentos imobiliários residenciais multifamiliares e comerciais com mais de 6 pavimentos no bairro de Icaraí, enquanto não promovida a revisão do PUR das Praias da Baía, tendo em vista a veloz expansão imobiliária na localidade, em prejuízo do trânsito e do bom funcionamento do meio ambiente urbano. E, não obstante a pendência da referida demanda, o autor acaba de ajuizar a presente, que diz respeito às mesmas frações urbanas e, no entanto, apresenta pretensão mais restrita: impor a aprovação de Estudo de Impacto de Vizinhança previamente ao licenciamento de empreendimentos imobiliários do mesmo porte.

Como visto, o autor justifica a existência de interesse de agir no suposto fato de que o Município estaria buscando “eximir-se do cumprimento da decisão judicial”, uma vez que teria traçado naquela demanda discussão quanto à exigência de EIV para empreendimentos do porte do art. 61 da Lei Municipal nº 1.967/02. Ora, a alegação de que o Município estaria pretendendo discutir a exigência de realização de EIV na ação civil pública nº 2009.002.051167-6, a qual sequer foi comprovada na presente ação, não dá azo à propositura de demanda autônoma, pulverizando a controvérsia jurídica.

Ademais, a conduta do autor acaba por se revelar contraditória, trazendo embaraço à própria atuação do Município-réu. Explica-se. Às fls. 5 da petição inicial, o autor afirma que na ação que visa à suspensão da aprovação dos empreendimentos imobiliários de mais de 6 pavimentos há concessão de tutela antecipada determinando que o Município deixe de autorizar as referidas construções, e, que, embora a determinação tenha sido expressa, inúmeras licenças estariam sendo concedidas, sem a

MM10



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

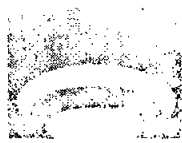
Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

prévia aprovação do EIV. Diante disso, ajuizou a presente demanda com o objetivo de impor a realização do referido estudo.

Como se percebe facilmente, o pedido formulado nesta demanda não se mostra coerente com a afirmação de que o Município estaria impedido de autorizar a construção de empreendimentos com mais de 6 pavimentos no bairro de Icaraí. Com efeito, diante da vedação ao licenciamento de tais empreendimentos, não seria razoável cogitar da imposição da realização de qualquer estudo.

E, nesse contexto, não se sustenta a afirmação do autor de que seu interesse de agir residiria no suposto descumprimento pelo Município de decisão judicial proferida, uma vez que, ainda que caracterizado hipoteticamente tal cenário, incumbiria ao *parquet* buscar o cumprimento da decisão na demanda em que proferida, mediante comprovação dos seus pressupostos, não havendo qualquer respaldo legal para o ajuizamento de nova demanda, com objetivo de obter determinada conduta do Município supostamente já incluída no objeto litigioso de ação previamente instaurada. A via se revela, portanto, manifestamente inadequada.

Ademais, conforme narrado inicialmente, este Eg. Tribunal de Justiça deu provimento a agravo de instrumento interposto pelo Município para o fim de reformar a decisão liminar proferida naquela ação civil pública, "***mantendo a exigência da realização de estudos de impacto para as novas outorgas imobiliárias***". Segundo afirmou o i. Relator, "***a necessidade de se observarem os estudos ambientais e de vizinhança para a concessão de novas licenças, todavia, se faz imperativa, não apenas em decorrência da lei municipal como também do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01)***".



PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

Em outras palavras: **já estão sendo discutidas naquela ação judicial as condições para o licenciamento de empreendimentos imobiliários no bairro de Icaraí e nas mesmas frações urbanas, não sendo cabível o ajuizamento de nova demanda para instauração de discussão jurídica afim**, muito menos sob a alegação de que a decisão judicial proferida naquela sede estaria sendo descumprida. Ademais, tendo sido determinada a exigência de realização de “*estudos de impacto*” naquela sede, não há como se justificar a subsistência de qualquer interesse processual no ajuizamento da presente demanda, por meio da qual se pretende, justamente, impor ao Município a realização de Estudo de Impacto de Vizinhança.

Evidentes, portanto, a inadequação da via eleita e a denecessidade do provimento pleiteado, impondo-se a extinção da demanda sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir (art. 267, VI do CPC). Há mais, porém.

III.1.2. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Como se percebe, o Ministério Público Estadual pretende, através do ajuizamento da presente ação civil pública, desconsiderar o critério legal adotado pela Lei Municipal nº 2.050/03 – doc. nº 4 –, com o objetivo de exigir a realização de prévio Estudo de Impacto de Vizinhança para empreendimentos do porte do art. 61 do PUR das Praias da Baía (Lei nº 1.967/02).

Veja-se, a propósito, que o art. 36 do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01) afirma incumbir à lei municipal definir os empreendimentos submetidos à prévia realização de EIV, de modo que o pedido formulado na presente sede –



PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

desconsideração do critério legal adotado, para que se exija a realização do estudo em outras hipóteses não contempladas legalmente –, importa no necessário reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.050/03, por apresentar suposta proteção insuficiente à tutela do meio ambiente urbano.

Nesse contexto, o autor afirma que a aplicação pura e simples da referida lei importaria verdadeira “falha urbanística”, revelando indevida omissão na proteção à urbe. A tese, portanto, é a de que a legislação municipal seria inconstitucionalmente omissa, por exigir o EIV apenas em caso de empreendimentos de elevadíssimo porte, tornando a sua aplicação quase que excepcional. Ocorre que a via processual eleita pelo *Parquet* Estadual, qual seja, a propositura de ação civil pública, não caracteriza meio idôneo a se alcançar a declaração de inconstitucionalidade por omissão.

A ação civil pública não é instrumento processual adequado para arguição de inconstitucionalidade de lei, ainda que de esfera municipal e mesmo que pautada em uma suposta omissão, na linha do entendimento uníssono da doutrina e jurisprudência. De fato, nos termos previstos na Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) este instrumento deve ser voltado para a defesa de interesses difusos e coletivos e, assim, possui objeto amplo.

Contudo, esta ação não pode ter por escopo a obtenção de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sob pena de se usurpar a competência dos órgãos responsáveis pelo controle concentrado de leis, já que o magistrado de primeiro grau proferirá decisão com eficácia *erga omnes* (artigo 16, da Lei 7.347/1985), semelhante às proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade.



NITERÓI

PREFEITURA

25

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

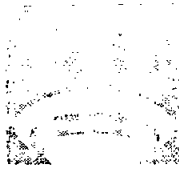
Neste diapasão, vale trazer à baila o seguinte acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“EMENTA: RECLAMAÇÃO. CONTROLE CONCENTRADO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. As ações em curso na 2ª e 3ª Varas de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo- objeto da presente reclamação – não visam ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade da lei em tese, de competência exclusiva do Supremo Tribunal (artigos 102, inciso I, alínea “a”, da CF). Configurada a usurpação da competência do Supremo para o controle concentrado, declara-se a nulidade ab initio das referidas ações.”¹ (Grifos nossos)

Na mesma linha, a doutrina mais abalizada de Gilmar Mendes e Hely Lopes Meirelles ressalta que:

“(...) Admitida a utilização da ação civil pública como instrumento adequado de controle de constitucionalidade, tem-se ipso iure a outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal. É que, como visto, a decisão sobre a constitucionalidade de lei proferida pela Excelsa Corte no caso concreto tem, inevitavelmente, eficácia inter partes. É certo, ademais, que, ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que na ação civil pública ficar evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é de impugnação direta de lei. Nessas condições, para que não se chegue a um resultado que sistema de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um

¹Reclamação 434-1, SP, Ementário 1770-1, DJ 09.12.94, Egrégio Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Francisco Reseck. Na mesma linha, confira-se as decisões proferidas nas Reclamações 557-7 MG; 559-3-MG; 560-7-MG; 562-7-MG; 562-3- MG; 564-0-MG; 569-3 MG e 597-6-SP.



NITERÓI

PREFEITURA

86

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.²(Grifos nossos)

“(...) Acresce que, em várias oportunidades, a ação civil pública tem sido utilizada como verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade, com a diferença de ser a competência para seu julgamento do juiz singular, e não do STF, como manda a Constituição Federal. Ora, conhecemos no Direito brasileiro os controles abstratos e concretos. O abstrato é da competência exclusiva do STF e o concreto só se aplica em casos específicos ou de modo incidental. Como a decisão da ação civil pública tem efeitos erga omnes, não pode ensejar o controle da constitucionalidade da lei por via disfarçada, com usurpação da competência do STF. Essa impossibilidade decorre da inviabilidade das duas consequências alternativas: a) ou a inconstitucionalidade é declarada localmente, tão-somente na área de competência do juiz, e, aplicando-se erga omnes, cria um Direito Substantivo estadual diferentemente do nacional e viola a Constituição, que estabelece a unidade do Direito Substantivo, havendo até a possibilidade de se criar um Direito específico aplicável em determinada localidade, e não em todo o Estado, quando a área de jurisdição do juiz federal é inferior à do Estado, situação que ocorre no Estado do Paraná; b) ou a inconstitucionalidade é declarada, pelo magistrado de primeira instância, para ter efeitos no plano nacional, e há usurpação, pelo juiz, da função do STF.”³(Grifos nossos).

Nesse sentido, eventual declaração de inconstitucionalidade por omissão deve ser buscada através da propositura de representação de inconstitucionalidade por omissão, voltada à análise da lei em tese, cuja utilização em face de normas estaduais ou municipais, tendo por parâmetro a Constituição Estadual,

² FERREIRA MENDES, Gilmar. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*; 6 ed; São Paulo: Saraiva, 2011; pág. 1.171.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Malheiros, 1996, págs. 153.

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

encontra no magistério de Luís Roberto Barroso a expressão de seu cabimento. Confirmam-se os ensinamentos do autor:

“Conquanto não haja previsão expressa de mecanismo análogo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão no plano estadual, a doutrina em geral admite essa possibilidade. Sua instituição harmoniza-se com a autonomia reconhecida ao Estado em matéria de auto-organização e auto-governo, desde que observado o modelo federal. Em favor da tese há também a ideia acima enunciada da unicidade do fenômeno da inconstitucionalidade, de modo que, existindo previsão de representação de inconstitucionalidade, em seu âmbito deve ser compreendido o reconhecimento da omissão violadora da Constituição.”⁴ (Grifos nossos).

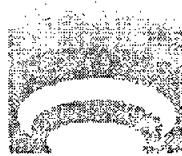
No plano estadual, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro traz disposição expressa prevendo a ação de representação de inconstitucionalidade por omissão, na exata dicção do §2º, do artigo 162, *verbis*:

“Art. 162. A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembléia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembléia Legislativa ou em Câmara de Vereadores e por federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual.

§ 1º - O Procurador-Geral da Justiça deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade, por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao

⁴ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro; 3 ed; São Paulo: Editora Saraiva, 2008; pág. 241.



NITERÓI
PREFEITURA

82

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 (trinta) dias.
(Grifos nossos).

Ademais disso, caso vislumbrada a violação a algum preceito fundamental, diante da insuficiência do critério legal adotado para determinação dos empreendimentos sujeitos à prévia realização de EIV, ao Ministério Público ainda seria possível ajuizar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que pode ter por objeto lei municipal, na linha do previsto no inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 9.882/99.

Noutro giro, o que o Ministério Público pretende com o ajuizamento da presente demanda é permitir que o Poder Judiciário, constatada a suposta insuficiência e omissão da Lei Municipal 2.050/2003 para disciplinar as hipóteses de exigência de estudos de impacto de vizinhança (EIV), legisle positivamente criando novas situações fáticas em que se mostrará necessária a realização deste estudo, não sendo esta via igualmente adequada para este fim.

Assim, mostra-se patente a impropriedade na utilização de ação civil pública com a finalidade de ver reconhecida a inconstitucionalidade por omissão de lei municipal, impondo-se a extinção do presente processo sem resolução de mérito, na forma prevista no inciso VI do artigo 267, do Código de Processo Civil, face à inadequação da via eleita. Ainda que ultrapassada esta preliminar, o que admite-se apenas por dever de ofício, há outra razão autônoma que conduz ao mesmo resultado.

III.2. DA LITISPENDÊNCIA



NITERÓI

PREFEITURA

89

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

Como se sabe, o processo constitui o meio através do qual se exerce a jurisdição, o qual deve observar os requisitos legais para que se instaure e se desenvolva de maneira válida e regular. Nesse sentido, a doutrina menciona a existência de pressupostos processuais, havendo aqueles que distinguem entre os de existência (pedido, jurisdição e partes) e os de validade (capacidade das partes, competência, insuspeição do juiz, inexistência de fatos impeditivos).

Dentre estes, como se vê, insere-se a inexistência de fatos impeditivos, que são aqueles que impedem a formação válida do processo e, conseqüentemente, o julgamento do mérito da causa. São eles: litispendência, coisa julgada e preempção (art. 267, V, CPC), cujo reconhecimento impõe a extinção da demanda sem resolução de mérito.

Nos termos do art. 301, §§ 1º e 3º do CPC, a litispendência constitui a repositura de ação que já fora proposta e esteja pendente, havendo identidade entre os elementos identificadores. Veja-se, a propósito, que embora o instituto esteja usualmente associado à plena identidade entre os três elementos da demanda – partes, causa de pedir e pedido –, não está restrito a esta hipótese. De fato, também ocorre litispendência em caso de ajuizamento de demanda que envolva as mesmas partes e os mesmos fatos, mas cujo pedido seja mais restrito, encontrando-se absorvido pelo eventual provimento do pedido formulado em demanda prévia e de objeto mais amplo. Nesse sentido, confira-se a lição de Leonardo Greco:

“Na continência, a afinidade entre duas ou mais ações é ainda mais intensa do que na conexão. Entre ações conexas, há um elemento objetivo comum – pedido ou causa de pedir –, mas elas são diversas, enquanto na continência as ações possuem as mesmas partes e a

9

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

*mesma causa de pedir; porém, o pedido de uma é mais abrangente do que o da outra, vale dizer o pedido de uma está contido no da outra. (...) Na disciplina da continência, há uma imperfeição na lei processual, ao aplicar àquela as regras da conexão quanto à reunião das ações num único processo. Na verdade, essa disciplina nem precisava existir na lei, porque, se a ação anterior é a de pedido mais amplo, a segunda deveria ser extinta por litispendência (CPC, arts. 267, inciso V, e 301, §§ 1º a 3º), visto ser idêntica à primeira – possuindo os mesmos elementos individualizadores. Na hipótese inversa, se o pedido mais amplo é o da ação posterior, há litispendência em relação à parte do pedido da segunda ação que exceder o deduzido na primeira ação. Assim, sendo o pedido mais amplo deduzido na ação posterior, aplicam-se a essa as regras da conexão, já comentadas no item anterior, estabelecidas nos artigos 219 e 106 do Código de Processo Civil. Nota-se, portanto, a imperfeição do legislador ao elaborar a lei, porque se a ação de pedido menos amplo foi proposta posteriormente, não devem ser aplicadas as regras da conexão, mas simplesmente a sua extinção por litispendência. Assim, nessa hipótese, não é possível a reunião das ações entre as quais haja continência, desmentindo, em parte, o que estabelece o artigo 105 do Código de Processo Civil” (Leonardo Greco, *Instituições de Processo Civil*, v. I, 2010, p. 182-3).*

Lembre-se, ainda, que a causa de pedir é composta pelos fatos e fundamentos jurídicos apontados pelo autor na petição inicial (art. 282, III do CPC), os quais correspondem, respectivamente, aos “acontecimentos do mundo ou da vida geradores do direito material do autor, dos quais lhe resulta o direito ao bem da vida pretendido” e ao “direito material do autor que resulta dos fatos; é o que justifica o pedido, a providência jurisdicional para a apropriação do bem da vida”, conforme as lições do referido processualista (v. Leonardo Greco, *Instituições de Processo Civil*, v. I, 2010, p. 182-3).



PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

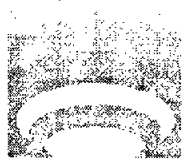
Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

Pois bem. No presente caso, como visto, o autor ajuizou duas ações civis públicas distintas em face do Município com o objetivo de limitar a sua competência relacionada ao licenciamento de empreendimentos imobiliários no bairro de Icaraí, argumentando, em síntese, que o cumprimento estrito da legislação municipal vigente seria insuficiente para a proteção do meio ambiente urbano, permitindo-se o adensamento populacional sem a ampliação da respectiva infraestrutura, em especial a viária.

Na primeira demanda, tratou-se especificamente da necessidade de revisão do Plano Urbanístico Regional, exigindo-se a suspensão do licenciamento de empreendimentos de mais de 6 pavimentos no bairro de Icaraí, até que editado o novo PUR. Nesta, tratou-se da Lei Municipal que dispõe sobre os empreendimentos sujeitos à prévia realização de EIV, exigindo-se a aprovação do referido estudo previamente ao licenciamento dos mesmos empreendimentos no bairro, não obstante não ser esse o parâmetro legalmente adotado.

O que se percebe, portanto, é que, a despeito de o enquadramento legal dos pedidos formulados em cada demanda ser distinto, os fatos subjacentes são os mesmos, de modo a atrair a identidade de causas de pedir remotas (fato constitutivo do direito). Não por outra razão, as petições iniciais são idênticas em diversas passagens, ainda que formulados pedidos distintos, sendo o primeiro mais amplo. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes trechos da petição inicial da presente demanda, que constam, também, da inicial daquela ação civil pública:

“O trânsito, por exemplo, um dos principais problemas da cidade de Niterói, vem sendo absurdamente prejudicado tanto no bairro como



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

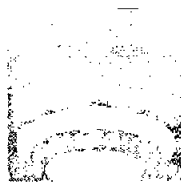
Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

em toda a cidade, seja pelo aumento de pessoas residentes, muitas vezes de outros municípios, seja pela não inclusão de políticas públicas urbanísticas, como aumento de recuos, afastamentos, e outras tantas medidas, inclusive aquelas enumeradas pelo Estatuto da Cidade, que poderiam ser utilizadas para melhor compatibilização dos interesses. No entanto, ou o planejamento foi ineficiente e equivocado ou não mais se encontra compatível com a realidade, situação que até mesmo confirma a necessidade de revisão” (fls. 12).

“Ora, enquanto a revisão do PUR não ocorre e havendo significativos impactos locais com a sua aplicação, impõe-se a suspensão das novas licenças de construção para que não seja tarde demais e seja o Município obrigado a efetuar vultosos gastos públicos com equipamentos complexos e que apenas possam remediar o dano já efetivamente praticado, justamente o que se pretende evitar”. (fls. 12)

“Observe-se a questão viária, por exemplo. A se permitir o prosseguimento das obras e mais obras no bairro, com os afastamentos, recuos e gabaritos existentes, amanhã deverão ser gastos investimentos públicos de elevada monta para a correção desse erro, como construção de metrô, pontes e viadutos extramamente caros, quando poderia ser previsto um recuo um pouco maior e permitir a duplicação da via!!!!!!” (fls. 16).

Nesse contexto, encontra-se caracterizada a existência de litispendência, tendo em vista tratar-se de ações que apresentam: (i) mesmas partes; (ii) mesmos fatos constitutivos do direito alegado; e (iii) pedidos coincidentes, uma vez que o segundo pedido, mais restrito, encontra-se consumido pelo primeiro, havendo verdadeira “continência às avessas”, já que a primeira demanda é mais ampla e absorve o objeto da segunda. De fato, provido o pedido formulado naquela demanda, não haveria espaço para se cogitar do prosseguimento da presente, situação apta a configurar a litispendência. Também por essa razão, portanto, impõe-se a extinção da presente demanda sem resolução do mérito, com base no art. 267, V do CPC.



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

III.3. DA INCOMPETÊNCIA DESSE MM. JUÍZO DIANTE DA CONTINÊNCIA

Por fim, e acaso ultrapassadas as preliminares já aduzidas, a verdade é que este MM. Juízo tampouco é competente para apreciar a presente demanda, o que impõe, ao menos, a redistribuição do feito. Como visto, as duas ações ajuizadas pelo Ministério Público apresentam **(i) mesmas partes** – o Ministério Público, como autor, e o Município de Niterói, como réu; **(ii) mesma causa de pedir remota** – crescimento imobiliário desenfreado, sem a ampliação da respectiva infraestrutura urbana, em especial a viária, por insuficiência dos critérios previstos na legislação municipal vigente para assegurar a proteção do meio ambiente urbano –; e **(iii) pedido formulado na primeira ação** – suspensão do licenciamento dos empreendimentos residenciais multifamiliares e comerciais de mais de 6 pavimentos no bairro de Icaraí – **mais abrangente que o deduzido na segunda** – condicionamento de outorga de licença de construção para os mesmos empreendimentos à prévia aprovação de Estudo de Impacto de Vizinhança.

Nesse cenário, acaso não reconhecida a litispendência entre as demandas, não haverá como se escapar do reconhecimento da continência (CPC, art. 104), a qual é reforçada pela circunstância de que os fatos discutidos nas duas demandas foram investigados em inquéritos civis de teor muito similar, eis que instruídos com os mesmos abaixo-assinados e matérias jornalísticas. A continência, como se sabe, é causa de modificação da competência (CPC, art. 102), e assim a distribuição deveria ter sido por dependência (CPC, art. 253, I). Ressalte-se, ainda, que a jurisprudência reconhece a necessidade de reunião das demandas com o objetivo de evitar a prolação de decisões conflitantes. Confira-se julgado nesse sentido:



NITERÓI

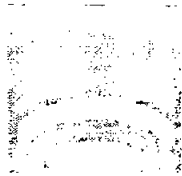
PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

“COMPETÊNCIA. AÇÕES CONEXAS. SENTENÇAS CONFLITANTES. JUÍZO PREVENTO. CAUSA MADURA. Quando se dá a conexão de ações, imperiosa se faz a união dos processos a fim de evitar a prolação de sentenças conflitantes. No caso, foram prolatadas sentenças contraditórias, apesar de já haver sido suscitada a conexão entre as ações. Imprescindível a nulidade de ambas as sentenças, entretanto não vislumbro a necessidade de fazer retornar o processo em foco ao juízo de origem, haja vista a possibilidade imediata do seu julgamento, o que procedo de ofício em homenagem, inclusive, ao princípio da celeridade. Nulidade declarada de ofício” (TJRJ, Apelação nº 2006.001.58586, j. 07.mar.2007, Rel. Des. Lindolpho Morais Marinho).

“2. Decisões conflitantes exaradas com grave violação à uniformidade das decisões, bem como aos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. 3. A potencialidade de decisões finais contraditórias, posto conexas as ações, viabilizando a repetição incalculável de ações com regramentos díspares para as mesmas situações jurídicas, recomendam a reunião das ações. 4. As decisões conflitantes proferidas são fatores suficientes a determinar a reunião das ações, porquanto os juízes, quando proferem decisões inconciliáveis, firmam as suas competências, fazendo exsurgir a conexão e a necessidade de reunião num só juízo, caracterizando o conflito de competência do artigo 115, III, do CPC. (precedentes). (...) 7. A Corte Especial, percorrendo o mesmo raciocínio diante de ações individuais e coletivas que se voltavam contra a prorrogação dos contratos de concessão com a Anatel, decidiu em suspensão de segurança confirmada pelo AgRg na SLS 250-MS, que antevendo a conexão e a possibilidade de decisões contraditórias deve haver a reunião das ações no foro do Distrito Federal se o suposto dano é nacional. 8. A continência é uma espécie de conexão por que a infirmação do contrato no seu todo ou de algumas cláusulas implica assentar que a pretensão se volta contra a prorrogação total ou parcial do vínculo. 9. Por fim, a decisão que altera contratos de concessão com a Anatel apenas em relação a algumas operadoras, restando incólume o vínculo em relação às demais, viola o princípio constitucional da isonomia, além de propiciar decisões contraditórias



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

e repetição avassaladora de ações” (STJ, DJ 3.mar.2008, CC 57558/DF, Rel. Min. Luiz Fux).

Pelo exposto, o demandado pede e espera que este MM. Juízo reconheça sua incompetência para apreciar a demanda, diante da continência, determinando-se a remessa dos autos para o MM. Juízo da 4º Vara Cível da Comarca de Niterói, anulando-se todos os atos decisórios já proferidos (art. 113, § 2º do CPC).

IV. NO MÉRITO.

Caso, no entanto, não sejam acolhidas as preliminares suscitadas pela Municipalidade, o que se admite apenas para argumentar, melhor sorte não logrou o Ministério Público Estadual quanto ao mérito das razões e pedidos deduzidos, como restará demonstrado adiante.

IV. 1. NECESSÁRIA APLICAÇÃO DAS NORMAS EDITADAS PELOS PODERES COMPETENTES E LEGITIMADOS DEMOCRATICAMENTE PARA REALIZAR AS AVALIAÇÕES TÉCNICAS QUE LHES SÃO SUBJACENTES: LEI Nº 2.050/03 QUE DISCIPLINA O ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA E PORTARIA SMU Nº 4/2011, QUE DISCIPLINA O ESTUDO DE IMPACTO NO SISTEMA VIÁRIO

Como exaustivamente indicado acima, a controvérsia ora submetida à apreciação deste douto Juízo apresenta como premissa principal o suposto caráter insuficiente do parâmetro adotado pela Lei Municipal nº 2.050/03, que elenca os empreendimentos que devem sujeitar-se previamente à realização de Estudo de Impacto

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

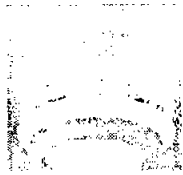
Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

de Vizinhança – EIV. As alegações do autor, entretanto, são genéricas e não apresentam qualquer comprovação concreta, tampouco amparo técnico.

Veja-se, a propósito, que o art. 36 do Estatuto das Cidades determina que *“lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal”*. Ou seja: a norma geral na matéria, editada em regulamentação aos arts. 182 e 183 da Constituição Federal, que traça diretrizes gerais da política urbana, define ser o Poder Legislativo Municipal o competente para definir os empreendimentos que devem estar sujeitos à prévia realização de EIV.

A propósito, tanto o Estatuto da Cidade como o Plano Diretor consagram normas gerais e principiológicas que devem ser observadas como guias para o planejamento urbano. Nessa ordem, cabe à legislação municipal ordinária densificar os seus comandos, dando-lhes concretude e especificando-os ao máximo para ditar as regras a serem cumpridas pelo Poder Público e pelos particulares nos procedimentos ligados à aprovação de empreendimentos imobiliários e, notadamente, à realização de estudo de impacto de vizinhança.

Tanto é assim que, de forma análoga ao que dispõe o art. 36 do Estatuto das Cidades acima transcrito, o próprio Plano Diretor de Niterói, no seu art. 17, dispõe que *“a lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança*



NITERÓI

PREFEITURA

57
(

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

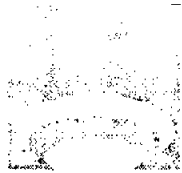
(EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público Municipal”.

E, em atendimento a essa determinação, foi editada a Lei municipal nº 2.050/03, a qual elencou uma série de empreendimentos e atividades que obrigatoriamente devem se sujeitar ao estudo de impacto de vizinhança, trazendo, ainda, normas específicas a serem observadas nesse tema.

Em outras palavras: em cumprimento às normas gerais aplicáveis à questão a instância de poder competente na matéria – o órgão Legislativo Municipal – realizou as ponderações técnicas necessárias a dar concreção ao importante instrumento de proteção do meio ambiente urbano – o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança – e definiu os empreendimentos cujo licenciamento pressuporia a sua realização.

No entanto, desconsiderando por completo a avaliação criteriosa e de ordem técnica efetuada pelo Poder Legislativo Municipal, dotado de inequívoca legitimidade democrática tendo em vista ter seus membros diretamente eleitos pela população municipal, o douto *Parquet* Estadual, sem qualquer fundamentação técnica ou mesmo jurídica, pretende seja desconsiderado o parâmetro legal aplicável, impondo a realização de EIV nos empreendimentos que, ao seu ver, teriam porte suficiente a impactar nas regras de vizinhança e condições de trânsito do bairro de Icaraí.

Com todo o respeito, o Ministério Público, que não detém capacidade técnica para aferir se um determinado empreendimento é ou não suscetível de causar danos viários e de vizinhança, não podem substituir-se ao órgão competente e democraticamente legitimado a realizar tal avaliação, muito menos por meio da



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

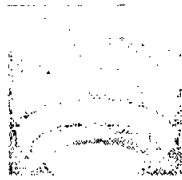
Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

argumentação leiga e superficial da petição inicial no sentido de que o EIV deveria ser exigido no licenciamento de todos os empreendimentos residenciais multifamiliares e comerciais de mais de 6 pavimentos.

Ora, existindo lei municipal, presumivelmente constitucional, que traz mecanismos voltados ao desenvolvimento e ao planejamento urbano, a mesma deve ser observada, competindo àquele que alega a sua suposta invalidade, por apresentar mecanismo de proteção insuficiente à urbe, questioná-la na sede adequada – representação por inconstitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O que não é possível, entretanto, é que o autor pretenda, sem realizar qualquer juízo sobre a validade da norma municipal vigente e o critério técnico por ela adotado, a sua simples desconsideração pelos agentes públicos municipais, adotando-se, sem qualquer fundamentação expressa ou mesmo implícita, o critério que, a seu ver, revelar-se-ia o mais adequado.

Ora, ainda que fosse possível desconsiderar a ausência de legitimidade democrática do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário para definir, como mecanismo de planejamento urbano, os empreendimentos que devem estar sujeitos ao EIV, qual seria a base técnica adotada para concluir-se em favor da sua exigência quanto aos empreendimentos residenciais e comerciais de mais de 6 pavimentos? Por qual razão não teriam sido apontados aqueles que apresentassem 5 ou mesmo 7 pavimentos? Não há qualquer elemento nos autos que demonstre tenha sido feita qualquer ponderação técnica pelo autor nesse sentido. E, na ausência de qualquer estudo técnico substancial, por que desconsiderar o parâmetro adotado pelo órgão



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

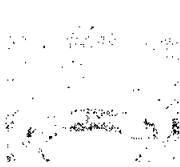
competente e legitimado democraticamente para tal avaliação? Trata-se de questões que, a partir da petição inicial fundamentada de forma nitidamente superficial, restam irrespondidas.

Com efeito, ainda que considerado insuficiente o critério técnico adotado pela legislação municipal, a solução não poderia ser a adoção arbitrária de qualquer parâmetro, sem qualquer comprovação da sua idoneidade para atingir a proteção dos interesses supostamente desprotegidos no marco regulatório atual.

Como se sabe, a alteração de normas urbanísticas demanda a realização de inúmeros estudos técnicos, bem como a oitiva de órgãos representativos da gestão democrática da cidade, como o COMPUR – Conselho Municipal de Política Urbana de Niterói, e de membros da sociedade civil, como meio de se conferir legitimidade democrática à escolha das melhores formas de se permitir um adequado planejamento urbano.

Nesta linha, dada a necessidade de observância de todas estas etapas e formalidades, somada à existência de lei municipal que trata do planejamento urbano e dos mecanismos de proteção da cidade, não se mostra razoável eleger-se determinados empreendimentos imobiliários quaisquer para adoção como porte mínimo para exigência de EIV, como pretende o Ministério Público Estadual.

Ademais, o trânsito e demais mazelas da cidade de Niterói constituem questões que devem ser tratadas de forma ampla, buscando-se soluções que atendam ao conjunto de assuntos afetos ao desenvolvimento social das cidades, preservando-se, o máximo possível, os elementos que compõem e emprestam dinamicidade à urbe.



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

Nesse sentido, a petição inicial do Ministério Público Estadual não comprova em que medida a exigência de EIV no licenciamento de empreendimentos de mais de 6 pavimentos criará os mecanismos necessários à absorção dos impactos negativos que a urbe enfrenta, haja vista que a gênese destes impactos se encontra em diversas fontes e vêm sendo observada em todos os grandes centros urbanos do mundo.

O trânsito das grandes cidades, por exemplo, não tem sua origem apenas no crescimento imobiliário, mas em inúmeros outros fatores, tais como, o incentivo à fabricação de veículos e a facilidade de compra, a permissividade da legislação, a infração às normas de trânsito, a ineficiência ou a ausência de oferta de transportes coletivos ou alternativos e de estacionamentos subterrâneos, dentre outros.

Veja-se, a propósito, que a alteração dos mecanismos de proteção quanto aos impactos que ocorram na região pressupõe a necessária realização de estudos, debates e análise técnica, com a discussão ampla e profunda das soluções mais viáveis e menos nocivas, o que vem sendo realizado pelos órgãos técnicos do Município de Niterói.

E, nesse sentido, por meio de Portaria elaborada pela Secretaria Municipal de Urbanismo (Portaria SMU nº 4/2011), determinou-se a realização de Estudo de Impacto no Sistema Viário durante o licenciamento de obras de edificações coletivas (comercial, residencial ou de serviço) – doc. nº 5. Com efeito, a referida norma exige “Lauto técnico da NITTRANS e lay-out do canteiro de obras, para avaliação de possíveis impactos no trânsito durante e após a conclusão das obras”.



207

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

Como se vê, a petição inicial concentra sua argumentação no impacto que o crescimento imobiliário em Icaraí vem trazendo ao sistema viário. Embora não seja o único, esse seria o principal argumento a justificar a necessidade de realização de Estudos de Impacto de Vizinhança em empreendimentos outros que não aqueles definidos precisamente na Lei Municipal nº 2.050/03.

Ora, sensível aos impactos que vêm ocorrendo na cidade o Município adotou medida adequada, impondo a realização do referido estudo de impacto no sistema viário (EISV) não apenas para os empreendimentos de grande porte na visão do *parquet* (art. 61 do PUR), mas para todas as edificações coletivas. Ou seja: o Poder Executivo, com base na sua expertise técnica e legitimidade democrática, vem adotando mecanismos adequados para planejamento e proteção da cidade, não havendo espaço para interferências indevidas, promovidas por vias e em instâncias inadequadas.

Para além desta medida concreta, que se dirige à obtenção de soluções pra as mazelas descritas na petição inicial, o Município de Niterói encomendou a elaboração de estudos técnicos ao renomado arquiteto Jaime Lerner, com o escopo de encontrar soluções que abordem todos os aspectos influentes no equacionamento da questão e, assim, viabilizar, sob a regência do desenvolvimento sustentável, alternativas viáveis que tragam ordenamento urbano, sem implicar prejuízos à urbe, à seus habitantes e à livre iniciativa das sociedades que exploram o ramo da construção civil.

Neste particular, destaca-se que o Poder Judiciário não dispõe de aparato satisfatório para a formulação da medida mais adequada a ser adotada em assunto de natureza extremamente técnica e complexa. Não detém esse órgão a



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

expertise necessária à solução de questões ligadas ao planejamento urbanístico e ao desenvolvimento sustentável das cidades. Apenas os órgãos e entidades do Poder Executivo e Legislativo detêm a capacidade institucional para tratar desta matéria, tendo em vista que possuem uma visão global acerca das infinitas necessidades urbanísticas, definindo a política pública mais eficiente e menos nociva aos valores constitucionais, como, por exemplo, os da livre iniciativa e concorrência.

Dentre os temperamentos colocados por LUÍS ROBERTO BARROSO à interferência pelo Poder Judiciário em políticas públicas, destacam-se, por serem aplicáveis à hipótese dos autos, os aspectos relativos à capacidade institucional. Confira-se breve trecho de artigo do referido autor:

“Cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado duas idéias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico”⁵ (Grifos nossos).

Por isso, *data venia*, subsistem e devem ser prestigiados os limites à interferência direta do Poder Judiciário em atribuições cometidas aos demais Poderes,

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial*. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf.

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

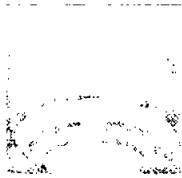
que possuem estrutura própria para, a partir da análise do conjunto de dados e do planejamento prévio, subsidiar a escolha desta ou daquela conduta como melhor opção para alcançar o pleno desenvolvimento das cidades e o adequado planejamento urbanístico.

Acrescente-se a isso que é o Chefe do Poder Executivo – e não o Ministério Público ou mesmo o magistrado – o agente público legitimado democraticamente para a elaboração e implementação de políticas públicas. A escolha realizada diretamente pela população por meio do voto confere àquele a legitimidade indispensável para a tomada de decisões nesse âmbito, determinando quais medidas mostram-se idôneas a garantir o desenvolvimento urbano, assegurando-se o cumprimento das funções sociais da cidade.

Pelo exposto, é imperioso reconhecer que o pedido ministerial deve ser julgado improcedente, sob pena flagrante invasão ao âmbito de competência próprio do Executivo, com a fixação das medidas que devem ser adotadas para que se tenha um adequado planejamento urbanístico.

IV. 2. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS .

O Ministério Público requer, ainda, a conversão da obrigação de fazer em pagamento de indenização por supostos danos materiais e materiais sofridos pela coletividade, para o Fundo Municipal de Urbanismo, no caso de não ser adotada a conduta por ele pleiteada. Com efeito, o autor alega que lhe cabe buscar a obtenção da tutela específica, “impedindo e coibindo os danos que venham a ser experimentados ainda mais pela população atingida, somente havendo conversão em perdas e danos em



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

último caso". Em seu pedido, requer seja o Município condenado "a indenizar os prejuízos morais e materiais sofridos pela coletividade **em razão da sua omissão**, em valor pecuniário a ser arbitrado pelo Juízo, conforme item "V" acima, para ser revertido ao Fundo Municipal de Urbanismo e Habitação a ser indicado oportunamente e visando aplicação em projetos urbanísticos voltados para o bairro objeto desta ação".

Veja-se, entretanto, que a responsabilidade civil do Estado (em sentido lato) depende da demonstração de alguns elementos. São eles: ação ou omissão por parte Administração Pública, dano à esfera jurídica do particular (que pode ser material ou moral), nexó causal entre a conduta comissiva ou omissiva e o dano e, em algumas hipóteses, o elemento subjetivo (culpa ou dolo). Na hipótese vertente, não é possível identificar a presença de qualquer desses elementos, sobretudo quando o Poder Público simplesmente confere concreção à legislação municipal validamente editada pelas esferas competentes.

Ademais, a tese ministerial acerca da omissão do Município em proteger a urbe ante o insuficiente critério adotado pela legislação municipal que rege o EIV tampouco permite a responsabilização civil do ente federativo, uma vez que a função legislativa espelha o exercício da soberania estatal, o que não gera danos indenizáveis aos membros da coletividade. E, nessa linha, a atuação administrativa vinculada aos comandos legais tampouco pode ensejar reparação civil, uma vez que incumbe ao Legislador estabelecer a respectiva disciplina. Nesta linha, vale trazer à baila os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

"A função de legislar constitui uma das atividades estruturais do Estado moderno, senão a mais relevante, tendo em conta que



NITERÓI

PREFEITURA

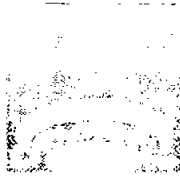
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

consubstancia a própria criação do direito (ius novum). Além do mais, a função legislativa transcende à mera materialização das leis para alcançar status que espelha o exercício da soberania estatal, vale dizer, da autodeterminação dos Estados com vistas à instituição das normas que eles próprios entendem necessárias à disciplina social. Por esse motivo, tivemos a oportunidade de consignar, em trabalho que publicamos, que a regra geral, no caso de atos legislativos, deve sempre ser a de não ser atribuída responsabilidade civil do Estado, sobretudo porque a edição de leis, por si só, não tem normalmente o condão de acarretar danos indenizáveis aos membros da coletividade. (...) Apesar da divergência existente entre os autores nacionais, entendemos que o ato legislativo não pode mesmo causar a responsabilidade civil do Estado, se a lei é produzida em estrita conformidade com os mandamentos constitucionais. Com a devida vênia dos que pensam em contrário, não vemos como uma lei, regularmente disciplinadora de certa matéria, cause prejuízo ao indivíduo, sabido que os direitos adquiridos já incorporados a seu patrimônio jurídico são insuscetíveis de serem molestados pela lei nova, ex vi do art. 5º, XXXVI, da CF. Acresce, ainda, que a lei veicula regras gerais, abstratas e impessoais, não atingindo, como é óbvio, direitos individuais.” (Grifos nossos).

Além disso, e como já ressaltado acima, o que há nestes autos é a total ausência de comprovação fática das teses que animam o Ministério Público Estadual, que, mesmo após 5 (cinco) anos de investigações, nem mesmo um estudo de impacto sobre o trânsito ou sobre a vizinhança realizou, para emprestar um mínimo de sustentação a suas alegações.

Salienta-se, ainda, que a opinião do Professor Affonso Accorsi, da Escola de Arquitetura e Urbanismo da UFF, não consubstancia prova técnica capaz de comprovar os danos e os fatos constitutivos alegados pelo autor (inciso I, artigo 333, do CPC). Da mesma forma, os abaixo-assinados não têm o condão de comprovar supostos danos, que dependem de análise técnica.



NITERÓI

PREFEITURA

206
1

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

Nada tendo sido carreado aos autos além da mera alegação, não há como se tomar como realidade as considerações feitas pelo *Parquet* Estadual. À míngua de fatos ou elementos técnicos de prova, àquela alegação genérica somente cabe opor genérica contestação, como ora deduz o Município de Niterói, afirmando a inexistência de quaisquer impactos negativos sobre o trânsito, vizinhança e desenvolvimento urbanístico locais.

Se a falta de elementos técnicos constitui um dos elementos – dentre inúmeros outros, já apontados – que conduzem à manifesta impossibilidade de revisão judicial dos parâmetros adotados pela legislação municipal para exigência de realização de EIV, tampouco é possível a sua conversão em perdas e danos, uma vez que ausente a comprovação técnica e empírica dos alegados danos, bem como o respectivo nexo de causalidade com a atuação municipal.

Por óbvio, não se está aqui a exigir a comprovação do dano moral em si, o que seria impossível. Está-se a impor apenas que o Ministério Público tivesse demonstrado de forma cabal a existência de fatos capazes de ensejar os prejuízos que aduz terem ocorrido. Era necessário que o *Parquet* houvesse trazido aos autos elementos que evidenciassem a ocorrência efetiva de fatos idôneos a causar os danos alegados, o que não foi feito. Assim, não há que se falar em responsabilidade do Município.

Além disso, o que pretende o autor é ver o Município de Niterói condenado ao pagamento de indenização por um suposto **dano moral coletivo**. Ocorre que o dano moral surge da violação a um direito da personalidade de determinado



NITERÓI

PREFEITURA

57

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

indivíduo. A ofensa a algum dos aspectos da sua integridade física, psíquica ou intelectual, isto é, à sua dignidade, é que é capaz de gerar esta espécie de dano. Assim, não é qualquer aborrecimento do dia-a-dia que enseja a ocorrência de prejuízo de índole existencial. Os fatos devem ser capazes de demonstrar a existência de um verdadeiro abalo à dignidade da pessoa humana, na forma prevista no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal.

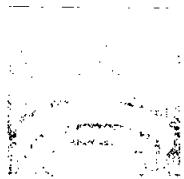
No caso presente, além de não haver indício da ocorrência deste significativo abalo, é imensamente discutível a pretensão à condenação do ente municipal à reparação de um dano moral **coletivo**, e não de um dano moral individualizado. Há entendimento no eg. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não é possível haver a configuração de um dano moral coletivo, tendo em vista a incompatibilidade entre a ideia de sofrimento psíquico inerente àquele tipo de dano e a transindividualidade e a indivisibilidade que envolve a ofensa em questão.

Nesse sentido, confira-se:

“Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). recurso especial improvido”⁶.

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. ANULAÇÃO

⁶ STJ, REsp 598.281/MG, DJ 01.06.2006, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki.



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

DO CERTAME. APLICAÇÃO DA PENALIDADE CONSTANTE DO ART. 87 DA LEI 8.666/93. DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA "A QUO". (...) 2. Ad argumentandum tantum, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano. (...)”⁷.

Os acórdãos do eg. STJ que admitem o dano moral coletivo tratam, em sua imensa maioria, de matéria consumeirista, em que estão em jogo direitos individuais homogêneos, e não direitos difusos. Se faz algum sentido falar em dano moral coletivo para direitos individuais homogêneos, não se pode dizer o mesmo para os direitos difusos, porque, quanto a estes, é impossível identificar os indivíduos que teriam sofrido dor e angústia em decorrência de sua violação.

Condenar o Poder Público ao pagamento de indenização por danos morais coletivos significa fazer com que a sociedade pague pelos prejuízos que ela mesma sofreu, o que seria um contrassenso. O Município é um ente artificial e os seus recursos advêm dos tributos pagos pela coletividade. Ao responsabilizá-lo, o Judiciário impõe à própria sociedade arcar com os custos da condenação. Em matéria de dano moral coletivo, em que a sociedade é a própria prejudicada, a responsabilização do ente público é, no mínimo, incoerente.

⁷ STJ, REsp 821.891/RS, DJ 12.05.2008, Rel. Min. Luiz Fux.



NITERÓI

PREFEITURA

30)

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

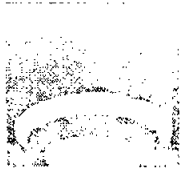
Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

Não merece prosperar, portanto, o pedido de condenação em danos materiais e morais, visto que (i) não estão presentes quaisquer dos três pressupostos da responsabilidade civil do Estado, (ii) os fatos pretensamente geradores desses danos indicados pelo Ministério Público, a saber, impactos viários, de vizinhança e de desenvolvimento urbano negativos, não foram demonstrados, quer por provas técnicas ou por indícios que emprestassem verossimilhança mínima às meras alegações realizadas, e (ii) que não se pode ter como cabível a reparação por um pretense dano moral de índole coletiva.

V. DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PLEITEADA. DA INEXISTÊNCIA DE SEUS PRESSUPOSTOS E DA NECESSIDADE DE REVOGAÇÃO DA LIMINAR JÁ PROFERIDA

O autor requereu, ainda, a antecipação da tutela pleiteada, o que restou deferido por esse MM. Juízo, *inaudita altera parte*, como registrado. Contra essa decisão, o Município interpôs agravo de instrumento, ainda pendente de apreciação, viabilizando-se o juízo de retratação pelo magistrado prolator. De fato, não estão presentes na hipótese os pressupostos legais de “prova inequívoca da verossimilhança da alegações” – como já demonstrado fartamente na presente peça de bloqueio – e de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I do CPC).

A ausência desse último requisito é demonstrada, em primeiro lugar, pela prévia existência de outra demanda judicial, em que já estão sendo delineadas as condições para o licenciamento de empreendimentos imobiliários no bairro de Icaraí – doc. nº 1. Como visto, ainda, naquela demanda este Eg. Tribunal determinou a realização de “*estudos de impacto*” na fase de licenciamento de empreendimentos enquadrados no



PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

art. 61 do PUR, não havendo como se cogitar de qualquer perigo de dano irreparável a ser suprido por meio da decisão liminar proferida nesta ação judicial – doc. nº 3.

Não fosse isso suficiente, também a determinação de realização de EISV em todas as edificações pelo Município se revela como elemento apto a assinalar a ausência de *periculum in mora*, por se tratar de mecanismo direcionado, inequivocamente, ao enfrentamento das mazelas descritas na petição inicial.

Desse modo, não deve ser acolhido o pedido de antecipação da tutela pleiteada, face a evidente inexistência dos seus pressupostos, impondo-se, portanto, a revogação da decisão liminar já proferida nestes autos.

VI. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO EM CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

Por fim e por eventualidade, caso este d. Juízo venha a entender por julgar procedentes os pedidos autorais, o que se admite apenas a título de argumentação, não será cabível a condenação do ente municipal ao pagamento de custas processuais e de honorários sucumbenciais.

Inicialmente, destaca-se que o Município, por expressa previsão legal, possui isenção a tal pagamento. Com efeito, a Lei Estadual nº 3.350/99, em seu art. 17, IX, isenta os Municípios e as suas autarquias de pagarem custas processuais nas ações em que estes sejam parte. *In verbis*:

“Art. 17. São isentos do pagamento de custas:



PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

(...)

IX. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, os Territórios Federais e as respectivas autarquias, exceto quanto aos valores devidos a peritos, arbitradores e intérpretes; (...) (Grifos nossos).

Ademais disso, o douto Ministério Público postula que se imponha aos réus o pagamento de honorários sucumbenciais, ao pleitear, genericamente, a condenação dos mesmos nos ônus da sucumbência. A pretensão, porém, está em frontal conflito com a interpretação que pacificamente acolhe o E. Superior Tribunal de Justiça.

Deveras, o E. Superior Tribunal de Justiça acolheu tese pautado na simetria e isonomia entre as partes no âmbito das ações civis públicas, uma vez que os artigos 87, *caput*, do CDC e 18, *caput* da Lei 7.347/85 impossibilita a imposição dos ônus sucumbenciais aos autores, salvo comprovada a má-fé. Veja-se os seguintes arestos:

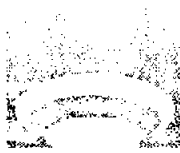
“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR.

1. “Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública” (EREsp 895.530/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.09).

2. Recurso especial provido.”⁸ (Grifos nossos).

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR.

⁸ Recurso Especial 1.099.573; Segunda Turma; RELATOR: Min. Castro Meira, DJe: 19.05.2010.



NITERÓI

PREFEITURA

M2
1

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

1. Na ação civil pública movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85.
2. Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet.
3. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. Precedentes.
4. Embargos de divergência providos.⁹ (Grifos nossos).

Assim, por eventualidade, o Município requer seja julgado improcedente o pedido autoral de condenação ao pagamento dos ônus da sucumbência de custas processuais e honorários sucumbenciais.

VII. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o Município-réu que:

- (i) sejam acolhidas as preliminares suscitadas, para o fim de:
 - (i.i) extinguir-se a demanda, na forma do art. 267, VI do CPC, ante a ausência de interesse de agir, por veicular pretensão absorvida pelo objeto de ação civil pública já proposta;
 - (i.ii) extinguir-se a demanda, na forma do art. 267, IV do CPC, ante a ausência de interesse de agir, por inadequação da via eleita, tendo em vista a impossibilidade de realização de controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública;

⁹ Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 895.530, Primeira Seção; RELATOR: Min. Eliana Calmon, DJe: 18.12.2009.



NITERÓI

PREFEITURA

23

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

(i.iii) extinguir-se a demanda, na forma do art. 267, V do CPC, ante a ocorrência de litispendência (ação civil pública nº 2009.002.051167-6); e (i.iv) remeter os autos ao MM. Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Niterói, prevento para conhecimento da presente demanda, ante à continência, anulando-se todos os atos decisórios já proferidos (art. 113, § 2º do CPC);

(ii) caso se entenda pelo não acolhimento das preliminares, o que se admite apenas para argumentar, seja julgado improcedente o pedido na forma do art. 269, inciso I, do CPC, pelos substanciais fundamentos deduzidos ao longo da presente contestação;

(iii) seja revogado o provimento liminar já proferido nesta demanda, ante à ausência de seus pressupostos;

(iv) por fim e por eventualidade, caso este d. Juízo entenda pela procedência de quaisquer dos pedidos formulados pelo autor, o que se admite *ad argumentandum tantum*, seja julgado improcedente o pedido de condenação em custas processuais e honorários sucumbenciais.

O Município-réu protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial documental e pericial.



NITERÓI

PREFEITURA

229

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Procuradoria de Patrimônio, Urbanismo e Meio Ambiente

Requer-se, por fim, que conste das publicações relativas ao presente recurso a referência “PG3”, que diz respeito à Procuradoria de Patrimônio, Meio Ambiente e Urbanismo, responsável pelo acompanhamento da presente demanda.

Nestes termos, pede deferimento.

Niterói, 29 de abril de 2013.

JULIA RYFER

Procuradora do Município

OAB/RJ nº 156.061 / Mat. 239.954-6