

**Contestação em Ação Civil Pública
promovida pelo Ministério Público
do Estado de São Paulo – Autos nº
583.53.2007.102044-8**

Dra. Denise do Carmo Rafael Simões de Oliveira

Departamento Judicial

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL-SP.**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Autos nº 583.53.2007.102044-8 (ORDEM 113/2007)

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por sua procuradora ao final assinada, nos autos da **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** que lhe promove, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem à presença de V. Exa. apresentar sua

C O N T E S T A Ç Ã O

a teor dos artigos 300 e 188 do Código de Processo Civil e do artigo 19, da Lei Federal 7.347/85, consubstanciada nos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos:

I. DOS FATOS.

Trata-se da ação proposta pelo Ministério Público, com o fim de condenar a Municipalidade de São Paulo na obrigação de fazer consistente

na regularização do loteamento denominado " JARDIM PARANÁ" e indenização dos prejuízos remanescentes que causou, em especial os danos urbanísticos e ambientais sofridos por toda sociedade, em montante a ser apurado em liquidação, destinado ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

Assim, passa a Municipalidade a contestá-lo e, *a fortiori*, entende que a demanda, tal como restou proposta, não está a merecer qualquer procedência em relação à Municipalidade de São Paulo, como adiante demonstrar-se-á.

II. PRELIMINARMENTE

DA INÉPCIA DA INICIAL EM RELAÇÃO AO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO AOS DANOS URBANÍSTICOS E AMBIENTAIS

O pedido formulado na ação civil pública proposta pelo D. Ministério Público , consistente na condenação da Municipalidade em indenizar os danos urbanísticos e ambientais causados em razão da implantação do loteamento "JARDIM PARANÁ", não guarda relação direta com a causa de pedir, posto que o pedido não se ajusta aos fatos nem aos fundamentos articulados na peça inaugural .

Ora, a ação deveria trazer a lume quais os danos causados, justificando de forma cristalina a lesão aos recursos ambientais, com a conseqüente degradação.

Entre os vários requisitos estabelecidos pela legislação processual, dois apresentam fundamental importância para a fixação dos limites da lide e a identificação de seu objeto, quais sejam, a *exposição dos fatos*, juntamente com os *fundamentos jurídicos do pedido*, e o *pedido*, com suas especificações (artigo 282, incisos III e IV).

Tais requisitos são exigíveis exatamente para a garantia da realização de um justo processo legal, a fim de se possibilitar a plena defesa do réu no processo.

É sabido que no direito brasileiro foi adotada a *teoria da substanciação*, através da qual assume relevância a narrativa dos fatos. É da narrativa dos fatos que o réu se defende.

Da maneira como postulado o pedido, de forma genérica e a partir de fatos vagamente referidos, fica *obstaculizada a própria defesa dos réus*.

Em matéria de responsabilidade, no entanto, não existem presunções.

Em sua longa exposição, o autor só faz referência a normas jurídicas, à fundamentação jurídica do pedido, mas não há relato de *fatos concretos* que conduziram à responsabilidade dos réus.

Também não esclarece o autor quais os *danos causados* pelos réus, a justificarem o pedido de indenização.

E, precisamente em razão da falta de explicitação de fatos concretos, o pedido mostra-se genérico, indeterminado, o que é expressamente vedado pelo estatuto processual em seu artigo 286.

O próprio pedido é indeterminado não somente pela falta de explicitação de fatos concretos atribuíveis à Municipalidade, como também, em razão da falta de especificação dos danos a serem indenizados. O autor pleiteia a condenação da Municipalidade ao pagamento de indenização, mas não especifica quais seriam os danos a serem indenizados, não os demonstra nem os mensura.

Assim, temos que o pedido não guarda coerência com os fatos narrados, uma vez que não se demonstrou qualquer nexo de causalidade da Municipalidade em relação aos danos.

O processo legal é garantia de uma justa aplicação da lei material, sendo necessários para sua validade uma adequada narração dos fatos e os fundamentos do pedido.

Corroborando com essa argumentação, enfatizável se faz jurisprudência nesse mesmo sentido:

“PEDIDO INICIAL- Requisitos - Falta na espécie - Processo Julgado extinto.

O autor é obrigado a narrar na sua inicial, com clareza e precisão, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido. Se da narração feita na inicial e dos documentos que a instruem não houver possibilidade de se saber qual o negócio jurídico existente entre as partes, julga-se extinto o processo por fal-

ta de condições, de desenvolvimento válido, eis que seria temerário resolver a lide sem a exata definição da relação de direito material "sub judice" (Apelação Cível n.9227 - RT 508/205).

Este foi o entendimento dos órgãos julgadores em caso de cabal similitude, (onde a exordial do Ministério público reprisa todos os argumentos trazidos à baila neste processo) e, que ora pedimos vênias para transcrever tópicos das decisões:

DECISÃO DO MM. Juiz da 8ª VFP, nos autos nº 31/053.03.000444-9, que em sentença proferida em 14 de outubro de 2003, decidiu pela extinção do feito:

"Contudo, o autor não descreve de forma clara e precisa a conduta do réu que enseja o pedido de indenização. Como ressaltado pela Municipalidade de São Paulo "A demanda envolve 7 (sete) loteamentos clandestinos, abrange todas as complexas circunstâncias de fato que resultam na ocupação de grandes áreas localizadas em região de mananciais e o autor limita-se a se referir, de forma extremamente genérica, à omissão do Município e do Estado, à falta de fiscalização do Poder Público".

DECISÃO DO ÓRGÃO COLEGIADO, que em acórdão proferido em 09 de março de 2006 pela Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº390.411.515-0), negou provimento, por votação unânime ao apelo do Ministério Público(referente aos autos acima):

"De fato, o autor enumerou, na inicial, as obrigações legais das rés, no sentido de prevenir e controlar a poluição do meio ambiente, ressaltando sua omissão e desídia relativa à preservação dos mananciais hídricos em questão, bem como na fiscalização do uso do solo e de qualquer providência oportuna que impedisse a ocupação degradante de tais áreas.

Todavia, o autor não especificou, em seu pedido, no que consistiria esta indenização a que pleiteia.

“Tal omissão, além de prejudicar a defesa da parte contrária também impede o provimento jurisdicional, uma vez que não é possível saber o que o autor pretende”.

Isto posto, temos que a petição é inepta por estar eivada de defeitos e omissões que impossibilitam o julgador decidir.

DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Pretende o representante do *Parque* obter prestação jurisdicional que obrigue à Municipalidade a regularizar o loteamento e indenizar os prejuízos remanescentes que causou, em especial os danos urbanísticos e ambientais sofridos por toda sociedade, em montante a ser apurado em liquidação, destinado ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

O pedido formulado na exordial deve ser considerado juridicamente impossível, uma vez que no caso concreto, ele se apresenta desconforme com as normas jurídicas vigentes.

O loteamento foi executado em propriedades particular. Os danos ambientais e urbanísticos foram causados, assim, pelos responsáveis por esses parcelamentos irregulares, ou seja, pelos proprietários e/ou pelos próprios loteadores.

O Município não é, e não se pode torná-lo, em absoluto, responsável pelos danos ambientais causados, nem tampouco pela regularização do loteamento.

Ademais, como a própria petição inicial demonstra, em área de proteção de mananciais a competência dos Municípios é restrita, não somente em relação à disciplina da ordenação do solo, que é quase que exclusiva do Estado, bem como em relação à fiscalização. A matéria é regida basicamente pela Lei Estadual n. 898/75, Lei Estadual no. 1172/76 e Decreto Estadual no. 9.714/77, que se sobrepõem à legislação municipal.

Nota-se que o Município está adotando providências em relação a essas ocupações e até mesmo tomou a iniciativa de regularizar o loteamento ex-officio, porém para fazê-lo mister se faz o atendimento de vários requisitos, bem como anuência prévia do Estado.

Além disso, a forma, a frequência dos atos fiscalizatórios, são questões que apresentam natureza discricionária, sujeitos, portanto, ao critério da conveniência e oportunidade, não se admitindo, em tal caso, que o Ministério Público ingresse na análise do mérito de tais atos administrativos.

Segundo a melhor doutrina, pedir o impossível é reclamar provimento que não se encontra respaldado no ordenamento jurídico. A propósito, veja-se o que ensina **MOACYR AMARAL SANTOS** : - "*Possibilidade jurídica do pedido é a condição que se diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo*". (Primeiras linhas de direito processual civil, Ed. Saraiva, 5ª edição, p. 145). **LIEBMAN** adverte: "*Por possibilidade jurídica do pedido entendo a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar à espécie de decisão pedida pelo autor*". (Estudos sobre o processo civil brasileiro, Ed. José Bushatsky, 1976, p. 124).

Com efeito, se viesse a ser provida a pretensão, estar-se-ia ofendendo o **Princípio da Separação dos Poderes, positivado no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil e o princípio da repartição das competências entre os entes federados.**

Pedro da Silva Dinamarco, na obra *Ação Civil Pública*, ed. Saraiva, editada em 2001, observa que:

"É bastante freqüente serem ajuizadas ações civis públicas em face de ente estatal que signifiquem, na prática, a imposição de uma destinação específica dos recursos públicos. Assim, muitas vezes os autores dessas demandas coletivas, com pretextos dos mais variados, pretendem invadir o campo da discricionariedade administrativa. Nesses casos, a demanda será juridicamente impossível." (pág. 190). Grifo nosso.

O pedido inicial, em relação à obrigação da Municipalidade em indenizar os prejuízos aos quais não deu causa e a regularizar o loteamento afeta, diretamente, a sua autonomia e o princípio da repartição de competência das esferas governamentais.

Diante do exposto, requer que seja conhecida a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, à vista do pedido de condenação da

Município, *permissa vênia*, de todo inconsistente. Sendo juridicamente impossível o pedido em relação ao Município, impõe-se a decretação da carência da ação, com conseqüente extinção do processo sem o julgamento do mérito nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

DA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL

O interesse processual deve ser buscado em dados objetivos, ou seja, relevância social e constatação de que o interesse em causa não está sendo tutelado na instância administrativa adequada, bem como na necessidade de se recorrer ao Judiciário.

Como bem elucida o Mestre HELY LOPES MEIRELLES, o "Parquet" está em melhor posição para ajuizamento da Ação Civil Pública, quer por sua independência institucional, quer por suas atribuições funcionais. Todavia, tais vantagens não significam o ajuizamento de lide temerária ou sem base legal, não bastando um juízo objetivo do Ministério Público para a procedência da ação.

O Poder Público Municipal que agiu dentro das possibilidades e dos recursos de que dispõe **apurando, investigando e realizando os atos fiscalizatórios e administrativos dentro de sua competência que serão detalhadamente especificados nas razões do mérito.**

Cristalino se mostra a falta de interesse de agir do Ministério Público, posto que nenhuma necessidade ou utilidade terá a providência jurisdicional pretendida na presente ação, principalmente porque, sendo o Município condenado a realizar obras de responsabilidade do proprietário/ loteador e indenizar os danos urbanísticos e ambientais, será necessário desviar verbas orçamentárias destinadas a outras melhorias do Município, penalizando-se todos os contribuinte/cidadãos, uma vez que os cofres municipais são abastecidos com a arrecadação de impostos e taxas que deveriam ser destinadas para o cumprimento das providências eleitas pela Administração Pública, e prioritárias, para o correto desenvolvimento da cidade e não para realizar obras eleitas, segundo o critério subjetivo do Ministério Público.

Acrescenta-se que, para restar configurado o interesse de agir do

Ministério Público, deveria o autor deixar clara a necessidade ou utilidade da providência jurisdicional pretendida pela presente ação, o que, todavia, não restou demonstrado.

Urge ressaltar a existência de várias demandas tendo como objeto: o desfazimento loteamento “Jardim Paraná”, outra pedindo indenização dos danos ambientais e outra adoção de medidas em área de risco.

Além das ações que nos reportaremos de forma detalhada quando do item “Conexão”, restará demonstrado nas questões de mérito, todas as medidas adotadas pela Municipalidade para regularização do loteamento “ex officio”, e das providências necessárias para tanto.

Assim é que, dentro de tal posicionamento, não pode o Ministério Público almejar que o Poder Judiciário determine ao administrador a prática de ato discricionário, subtraindo-lhe, ademais, a devida e prévia apreciação da conveniência e oportunidade, sob pena de se verificar expressa ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, consagrado no artigo 2º, da Constituição Federal.

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA MUNICIPALIDADE

O autor ao propor a demanda afirma que a “Municipalidade se omitiu durante todo o processo de fracionamento do imóvel, pois não esgotou o rol de atos que deveria ter praticado para repelir o parcelamento da área”.

No entanto, não houve negligência alguma da contestante e nenhuma responsabilidade pode ser atribuída ao Município pela implantação do loteamento.

A inicial discorre genericamente sobre a responsabilidade que atribui à ré sem, contudo, indicar expressamente o que a Administração Municipal teria de fazer – dentro das competências que lhe são atribuídas por lei – que não tenha sido feito, em relação ao loteamento em tela.

Diante, disso, inexistente razão para se pleitear indenização perante a Municipalidade ou que esta regularize o loteamento. A responsabilidade, no caso, cabe a quem efetivamente causou o dano e, qualquer indenização deve reverter em favor dos efetivamente lesados.

Com efeito, a Municipalidade de São Paulo não poderia ter sido eleita para figurar no pólo passivo da presente relação jurídica processual à vista da pretensão requerida pelo autor.

Note-se que a área é particular e não foi o Município que promoveu o loteamento.

Ressalta-se, ainda, que inexistente vínculo algum que venha a unir a Municipalidade aos loteadores, verdadeiros responsáveis pelos danos, e, diante da análise dos atos praticados administrativamente, não há margem para que se diga em responsabilidade pela falta de eficiência do poder de polícia exercido.

O poder de polícia, de natureza discricionária, deve ser encarado como atividade inerente à Administração, jamais como serviço público propriamente dito, que constitui atividade vinculada, obrigatória, cuja falta acarreta a responsabilidade civil do Estado.

Se assim não fosse, o Poder Público teria de se responsabilizar em todas as situações em que deixou potencialmente de atuar, em situações absolutamente impessoais, como num simples assalto sofrido por alguém por falta de policiamento ostensivo no momento em que a vítima foi abordada. Ou, ainda nessa linha de raciocínio, haveria responsabilidade estatal por não ter sido determinada a prisão em flagrante dos loteadores, tão logo o "Parquet" e a autoridade policial tomaram conhecimento dos atos ilícitos de implantação do loteamento clandestino.

A Municipalidade agiu dentro dos parâmetros de sua competência, mas está jungida à obrigação de obediência ao devido processo legal, devendo cumprir todos os trâmites previstos na legislação municipal para o ajuizamento de demanda buscando a regularização ou o desfazimento do parcelamento irregular.

Segundo a melhor doutrina, **"Não basta, portanto, afirmar que a legitimidade corresponde à titularidade na pessoa que propõe a demanda, pois é indispensável que também o réu seja legitimado para a causa"** (Moniz de Aragão, "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. II, 1998, Forense, 9ª edição, revista e atualizada, p. 399). Grifo nosso.

Logo, a ora contestante é parte ilegítima para figurar na demanda, impondo-se o reconhecimento da carência de ação e da falta de legitimidade passiva da Municipalidade de São Paulo, com a conseqüente

extinção do processo sem o julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI do Código de Processo Civil.

III. DA DENUNCIÇÃO À LIDE

Caso Vossa Excelência entenda pela manutenção da Municipalidade no pólo passivo da presente demanda, o que se admite apenas a título de argumentação, nos reportando ao item de ilegitimidade passiva, devem ser denunciados a lide:

A) O ESTADO (artigo 23, inciso VI, da Constituição federal c/c artigo 46, inciso IV, artigo 47 e artigo 70, do Código de Processo Civil).

Dispõe o artigo 23, inciso VI, da Constituição federal:

“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas

É curial que a ação tenha sido proposta somente em face da Municipalidade.

Em outros casos o Ministério Público faz questão de que figure no pólo passivo da ação os loteadores e o Estado.

Ora, na linha de raciocínio trazida à colação pelo Ministério Público em matéria de competência o ESTADO deve figurar no pólo passivo da demanda.

Havendo interesse local e outros onde predomina o interesse regional, o uso do solo metropolitano se sujeita à ação do Município e do Estado.

O próprio Ministério Público em outras ações traz farta doutrina e jurisprudência para caracterizar a competência concorrente do Estado-Membro na defesa do interesse metropolitano e das normas sanitárias e ambientais, que ora permitimo-nos trazer na sua íntegra as colocações feitas em várias de suas ações :

“Embora este controle urbanístico caiba naturalmente ao Município, não se cuida de uma função que lhe possa ou deva desempenhar com exclusividade.

De fato, nas regiões metropolitanas, ocorre um entrelaçamento de cidades, que passam a constituir uma única comunidade, com interesses econômicos e sociais comuns, carentes de um tratamento uniforme. Nestas circunstâncias, há uma irradiação dos interesses locais. Que transcendem a esfera de cada Município, para repercutir em um todo maior, circunscrito em uma região.

Nessas circunstâncias, algumas funções públicas, dentre as quais as relativas ao uso do solo, ao aproveitamento dos recursos hídricos, ao controle da poluição ambiental e ao saneamento básico (abastecimento de água, rede de esgotos, coleta de lixo) ultrapassam o interesse puramente municipal, e, configurado, assim, um peculiar interesse metropolitano (ou regional), submetem-se ao controle concorrente do governo da metrópole (Cf. Constituição Federal, art. 25, par.3º; Lei Complementar Federal nº 14/73, art.5º; Lei Complementar Estadual nº 94, de 29.5.74, arts.2º e 3º.,VII; ELIANA DONATELLI DE MOURA, "Região Metropolitana, em Revista de Direito Público" 67/261-263; tb:parcer de 12.9.88, elaborado pelo ilustre Juiz de Direito AROLDO MENDES VIOTTI e acolhido pelo Egrégio Conselho Superior da Magistratura de São Paulo no julgamento, em 7.11.88, da Apelação Cível nº 8.705/0-6, da Capital).

Como se sabe, o encargo e a competência para estes assuntos, foram atribuídos aos Estados-membros pela Lei Complementar Federal nº 14/73. Esta sufragou a tese de que, em nosso sistema federativo, á falta de um nível de governo específico, o interesse metropolitano é de titularidade estadual, cabendo ao Estado o desenvolvimento das funções governamentais e a administração dos serviços comuns aos municípios nesta região (Cf. EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, "Institucionalização das Regiões Metropolitanas", em "Revista de Direito Administrativo" 119/1-15; SERGIO FERRAZ, "As Regiões Metropolitanas no Direito Brasileiro", em revista de Direito Público", 37-38/23).

Desde modo, havendo, nesses casos, aspectos de interesse local e outros onde predomina o interesse regional, o uso do solo metropolitano sujeita-se, simultaneamente, á ação do Município e o Estado (Lei 6766/79, art. 13,II, c.c. Lei Complementar Federal nº 14/73, art.5º).

De resto, esse encargo não pode ser cometido exclusivamente, aos Municípios, porque "jamais poderá ser eficientemente provido

pela ação restrita e isolada das entidades locais” (HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Municipal Brasileiro, ed. Cit.,p.442).

Por fim, há, as normas específicas, relativas à proteção dos mananciais hídricos, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos da Região Metropolitana da Grande São Paulo. A notória escassez dessas reservas particularmente intensa nos locais de grande concentração populacional, criou um interesse especial em sua preservação, que supera, em muito, a conveniência de cada Município, repercutindo em área mais ampla, em que incide a ação estadual.

Como se vê, dispondo dos correspondentes poderes – alguns expressos, outros implícitos-, o Estado também está habilitado a interferir na formação de loteamentos e a cumprir, assim, a função que nessa matéria lhe cabe, para garantia dos interesses individuais e coletivos.”

Como já dito alhures em área de proteção de mananciais a competência dos Municípios é restrita, não somente em relação à disciplina da ordenação do solo, que é quase que exclusiva do Estado, bem como em relação à fiscalização. A matéria é regida basicamente pela Lei Estadual n. 898/75, Lei Estadual no. 1172/76 e Decreto Estadual no. 9.714/77, que se sobrepõem à legislação municipal.

Nota-se que o artigo 13, da Lei 6766/79, aos dispor sobre o parcelamento do solo urbano, prevê a anuência prévia do estado nas aprovações, pelos Municípios, de loteamentos e desmembramentos, quando estes estiverem localizados em área de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais, sendo certo que não depende da Municipalidade a regularização do loteamento.

Assim, é a presente para requerer a citação do Estado, na pessoa de seu representante legal, para que querendo, conteste a demanda.

B) OS RESPONSÁVEIS PELO LOTEAMENTO E OS CAUSADORES DIREITOS DO DANO AMBIENTAL

B1) Os loteadores (artigo 927, do Código Civil c/c inciso II, do artigo 70, do Código de Processo Civil).

Aqueles que procederam à concretização do loteamento dito como clandestino, por não se adequar aos padrões determinados pelo Poder Pú-

blico Municipal e constituído a sua revelia, dando causa à superveniência do dano ambiental, deverão responder com exclusividade pela regularização do loteamento e pelos prejuízos decorrentes de sua conduta.

Também é certo que o dever de reparar e regularizar o loteamento, também, deve recair sobre os loteadores, não bastando a ação criminal e a demanda imposta.

Inafastável se mostra, nos termos dos autos, a participação desses litisconsortes no empreendimento.

Nesse sentido, pedimos vênia para trazer à colação ementa de julgado do E. Tribunal de Justiça:

"AÇÃO CÍVEL PÚBLICA. CONDOMÍNIO IRREGULAR. DANOS AO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.SOLIDARIEDADE.

"1 – A responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, porque objetiva, independe da existência de culpa (I. 6.938/81, art.14, parágrafo 1º, c/c o art.4º,vii). Aquele que cria risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento. **Basta, assim, a prova do dano, da ação ou omissão do causador e a relação de causalidade.**

"2- Solidária a responsabilidade, pode ser exigida a reparação dos danos de todos os responsáveis ou apenas de um ou mais.

"3- Realizado o loteamento irregular e demonstrado, por prova técnica, os danos causados ao meio ambiente, surge a responsabilidade solidária dos empreendedores de reparar os danos.

"4- Apelo provido" (Apelação Cível 52443/99.1ª Turma. Rel.Des. Jair Soares de 11.10.2000. Pág.26, não há grifo no original).

PERMITIMO-NOS NOS REPORTAR, NESTA OPORTUNIDADE AO DOCUMENTO ENCARTADO ÀS FLS. 1293/1300, ONDE É DETALHADA A CONTUDA DE TODOS OS RESPONSÁVEIS PELO LOTEAMENTO.

Devem assim, ser citados para os termos da presente demanda, com fulcro no artigo 927, do Código Civil c/c 70, inciso II e seguintes do Código de Processo Civil :

- Associação Democrata dos Sem Terra

- Empresa Extinplucky Comércio e Construtora Ltda, na pessoa de seu representante legal Celso Luízio Salim Freua.

B2) Os legítimos proprietários (artigo 182, § 2º da Constituição federal, artigo 927, do Código de Civil c/c inciso III, do artigo 70 do Código de Processo Civil)

Dispõe a Constituição federal, em seu parágrafo segundo, ao artigo 182, sobre a necessidade de fazer cumprir, a propriedade urbana, igualmente sua função social, tal qual exigido àquela rural (artigo 186).

Ao abandoná-la, deixando de promover os atos que lhe competiam para a sua guarda e proteção, ou destiná-la, em concorrência com os loteadores, à situação vedada por lei, os legítimos proprietários da área em tela furtaram-se à obrigação de dar destinação social correta a sua propriedade, provocando, em consequência, os danos ao meio ambiente aventados na exordial.

É nesse sentido que os proprietários devem integrar a lide, para o fim de indenizarem o dano alegado, fazendo-o exclusivamente ou em solidariedade com os loteadores, devendo, assim, serem citados com fulcro no artigo 182, § 2º da Constituição federal, artigo 927, do Código Civil c/c inciso III do artigo 70, do Código de Processo Civil).

- **Espólio de Maria Alves Siqueira de Castro (vide fls. 1306)**

IV. DA EXISTÊNCIA DE VÁRIAS DEMANDAS JUDICIAIS TENDO POR OBJETO O LOTEAMENTO JARDIM PARANÁ

Denota-se da análise dos documentos anexados à exordial as seguintes demandas judiciais:

a) Autos nº 583.00.2007.109543-5 – 29ª Vara Cível

Ação Civil Pública de Liquidação de Sentença penal condenatória

MP x Celso Luiz Salim Freua (fls. 1506/1514 – 8ª volume).

A ação tem por objeto a liquidação da sentença penal da 10ª Vara Criminal da Capital (autos 560/97), de modo a que se determine o exato valor e extensão dos danos à Administração Pública, ambientais e urbanísticos, bem como aos adquirentes de lotes.

A ação está em fase de citação (doc.01)

Ora, parte do pedido desta ação (indenização aos danos ambientais e urbanísticos), coincide com a da acima relatada.

b) Autos nº 583.00.1995.821597-5 – 3ª Vara Cível da Capital – Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo x Associação Democrata dos Sem Terra.

Esta ação tem como objeto em caráter principal o cumprimento de liminar deferida para abstenção da prática de atos de parcelamento do solo, bem como a declaração da nulidade dos contratos e condenação dos réus no desfazimento do loteamento e indenização de danos ambientais e urbanísticos e aos adquirentes de lotes (fls. 102/1190- 1ª volume).

A demanda embora proposta em 1995, até a presente data não tem sentença, devido a vários incidentes processuais como mandado de segurança, agravo de instrumento, exceções (incompetência e pré-executividade), consoante se denota da planilha ora anexada (doc.02).

É cristalino que o Ministério Público após todo este tempo, vem agora tentar com a presente demanda **só em face da Municipalidade** ver dirimida questão de outra ação em andamento, apenas mudando o pedido de desfazimento para regularização dado o grau de ocupação do loteamento, em razão do tempo decorrido, ensejando, assim, muita cautela do Judiciário em razão de várias ações sobre o mesmo assunto.

**c) Autos nº 80/053.04.0018115-9 – 4ª Vara da Fazenda Pública
Ação Civil Pública – MP x Município de São Paulo (fls. 1516/1548- 8º volume).**

A demanda tem por objeto a condenação da Municipalidade na obrigação de fazer consistente na realização efetiva de obras, intervenções e atuações necessárias à integral eliminação de risco em várias áreas da Subprefeitura da Freguesia do Ó, dentre as quais o loteamento “Jardim Paraná”.

A ação foi julgada extinta pela falta de impossibilidade jurídica do pedido, sob a fundamentação de que por modo indireto o Ministério Público objetiva seja o poder discricionário da Administração substituídos pelos critérios indicados na inicial, o que viola o princípio da separação dos poderes (doc.03).

A ação encontra-se em fase de recurso de apelação proposto pelo Ministério Público.

Nota-se, que a assertiva do Ministério Público em sua exordial, de que o objeto desta ação é outro, improcede, posto que a presente ação objetiva a regularização e esta depende de toda a área, que em outro processo, parte está sujeita ao desfazimento .

Torna-se, assim, de difícil apreciação qual figura processual ocorre no presente caso.

A conexão, sendo um fenômeno processual determinante da reunião de duas ou mais ações, para julgamento em conjunto, a fim de evitar a existência de sentenças conflitantes, se afigura ideal para o caso, posto que a causa de pedir em todos eles se refere à adoção de medidas a serem adotadas no loteamento “Jardim Paraná” – regularização, remoção de área de risco, desfazimento, indenização de danos ambientais.

Em que pese ser difícil constatar a conexão pelo critério legal, temos que em se examinando cada caso específico, podemos concluir pela existência da conexão sempre que presente o possível conflito de sentenças.

Afinal, por meio da reunião de processos conexos ou continentais a lei pretende que julgamentos envolvendo o mesmo contexto litigioso sejam harmônicos entre si, evitando-se que na prática sejam contraditórios, ou seja, pretende evitar sentenças sujeitas à coisa julgada que possam impor soluções práticas incompatíveis

O andamento separado de processos coletivos engendra o risco virtual de decisões de mérito em sentido discrepante.

No caso de não ser possível a reunião dos processos para julgamento conjunto, estaremos diante de uma questão prejudicial externa, motivadora da suspensão do presente feito enquanto os demais não forem julgados, evitando, assim, o antagonismo das decisões.

No presente caso existindo várias ações tendo por objeto adoção de medidas no loteamento Jardim Paraná, haverá sem dúvida contradições não apenas no plano lógico, mas também no plano prático, criando um ambiente processual caótico e paradoxal.

V. DO MÉRITO

No mérito, melhor sorte não está reservada à ação.

Cumpra destacar, *ab initio*, que, por competência que lhe é constitucionalmente atribuída, a Municipalidade exerce regularmente o poder de polícia do qual é titular, nas hipóteses tais como a retratada nos autos.

No exercício desse poder de polícia administrativamente, a Municipalidade, incessantemente, tem implementado todos os meios ao seu alcance no intuito de coibir a evolução física dos loteamentos clandestinos, aplicando multas, embargando obras, interditando as moradias, etc.

Ao contrário do que sustenta o autor, a Municipalidade de São Paulo exerceu, no âmbito administrativo, todos os atos administrativos decorrentes do poder de polícia, nos limites de sua competência, consoante se denota dos documentos anexados às fls.1441/1490), pelo próprio Ministério Público, além dos ora anexados, como multas, embargos e interdições (doc. 04/27).

A *causa petendi* trazida à baila pelo Ministério Público Estadual funda-se meramente na afirmativa de fiscalização não efetiva, deixando, contudo de ser comprovada.

Não é correta, porém, a afirmação de que a Municipalidade teria se omitido e faltado em relação ao seu poder de polícia.

As informações prestadas pelos órgãos técnicos da Municipalidade de São Paulo demonstram, no entanto, que atos fiscalizatórios já haviam sido há muito praticados.

A Municipalidade de São Paulo exerceu sim seu poder de polícia, tanto é que a presente demanda está calcada somente em documentos emitidos e fornecidos pelo próprio poder público municipal.

Com efeito, a Municipalidade de São Paulo, por seu Departamento de Regularização de Parcelamento do Solo – RESOLO, no exercício do poder de polícia que lhe é inerente e dentro das funções que lhe compete, ao tomar conhecimento da existência do parcelamento da gleba, o qual estava sendo realizado de forma irregular ou clandestina, faz adotar, imediatamente, as providências tendentes a apurar as denúncias.

Como podemos verificar de toda a documentação trazida à colação pelo próprio Ministério Público, existem vários incidentes

para o local, o que levou o “parquet”, ajuizar várias demandas sobre o mesmo loteamento, gerando, dessarte, dúvidas, das reais medidas a serem inseridas no local.

Não podemos deixar de enfatizar a decisão proferida pelo MM.Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública – Autos nº 80/053.04.001815-9, no caso conexo ao presente que corretamente decidiu:

“ O Administrador tem a discricionariedade de determinar quais as verbas e maiôs são utilizados para determinado fim, em dada oportunidade, analisando, desta forma, a prioridade de atuação. Não havendo disposição legal específica e impositiva, tal como no caso em exame, pode ele se valer da conveniência e oportunidade para prática do ato.

Não compete ao poder Judiciário substituir a Administração na escolha das prioridades para solucionar problemas desta, determinando a realização de obras ou ações que entende ser mais urgente, a serem por ela executadas.

Pelos documentos que instruem os autos, depreende-se que a Municipalidade de São Paulo está ciente dos problemas e riscos mencionados na inicial, sendo dela a obrigação e o poder de eleger o que é mais urgente, promovendo a respectiva ação, dentro de seu recurso orçamentário, segundo os critérios administrativos mencionados no parágrafo anterior. Saber se determinada providência é mais urgente ou mais importante do que outra é discricionariedade do Administrador”.

Existe o processo administrativo 1995-0.009.213-1 que está cuidando da regularização do loteamento Jardim Paraná.

Iniciou-se este loteamento por invasão em 1995 e encontra-se completamente ocupado e consolidado. O loteamento apresenta características físicas de favela.

Para o loteamento como já dito exaustivamente , existem várias ações judiciais, havendo a necessidade de verificar qual a real intenção do Ministério Público com a presente demanda, posto que todas as providências para regularização do loteamento estão sendo adotadas.

Por ele se enquadrar na Lei 11.775/95, com as alterações feitas

pela lei 13428/02, foi feita a devida análise, existindo desde 30/06/2004 despacho "ex-officio (doc.)

Observa-se, contudo que para a devida regularização deverão ser atendidos todos os demais artigos da mencionada legislação em sua integridade.

A dificuldade que se encontra presente no caso "sub examen" para regularização é a de que a Municipalidade deverá intervir na área removendo famílias localizadas em área de risco e faixas "non aedificandi", readequação do sistema viário para dar acesso às moradias, remoção e realocação das famílias para execução de obras, obras de recuperação e paisagismo nas áreas de risco em que houve as remoções, parque linear junto às margens do córrego, realização de pontilhão para permitir acesso ao loteamento no córrego Bananal.

É cristalino que todas essas medidas são de difícil execução e envolvem um trabalho conjunto de diversas secretárias (SEHAB, SVMA, SIURB/SUBPREFEITURA).

Mister, ainda considerar a existência de um CEU em gleba vizinha cujo acesso é por via do loteamento Jardim Paraná, impondo-se, ainda , a oitiva da Secretaria da Educação.

Já existe um projeto junto a Secretaria do verde e Meio Ambiente de parque linear desenvolvido para a área junto ao córrego do Bananal.

Nota-se, contudo, que todas as providências a serem adotadas para regularização pretendida (prazo para convite/desenvolvimento dos projetos de intervenção técnica e urbanísticas/ licitação para execução das obras, execução das obras/ emissão de Auto de Regularização e outros), estão condicionadas à disponibilidade orçamentária e de anuência estadual, portando não podendo ser fixado prazo para tanto.

VI. DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Cumprir destacar, ademais, que por competência que lhe é constitucionalmente atribuída, a Municipalidade exerce regularmente o poder de polícia do qual é titular, nas hipóteses tais como a retratada nos autos.

Ocorre, em respeito ao Princípio da Separação dos Poderes, não pode o Poder Judiciário assomar para si deliberação de como e quando devem ser as atividades de fiscalização realizadas, vez que o poder-dever de fiscalização é de competência exclusiva do Poder Executivo.

Dentro dessa vertente, estando a Administração Municipal agindo nos estritos limites da legalidade, não pode o Judiciário determinar ao administrador a prática de ato que se insere no âmbito de sua discricionariedade administrativa, subtraindo-lhe, ademais, a devida e prévia apreciação, conveniência e oportunidade, sob pena de ser verificado, com efeito, expressa ofensa ao PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DA REPÚBLICA, consagrado expressamente no artigo 2º, da Carta Magna; ferindo inclusive o princípio republicano.

Com muita pertinência, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, lembra que, *"se não é desejável que o juiz aplique seus próprios critérios de valoração do 'interesse público', então é preciso dotar o órgão jurisdicional dos meios de informação e dos recursos técnicos", evitando com isso que o juiz se torne legislador ou administrador.*"(Interesses difusos, p. 195)"

Sabe-se que, por iniciativa da Procuradoria Geral do Município, há muito tempo vem sendo ajuizadas inúmeras ações civis públicas de cunho ambiental e urbanístico, tal como a ora proposta pelo "Parquet" Estadual, fazendo-o, por sua vez, em face dos loteadores e responsáveis pela implementação de loteamentos clandestinos.

VII. DO DEVER DE INDENIZAR OS DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. DA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Quanto à obrigação de indenizar os danos ambientais e urbanísticos causados pelos parcelamentos irregulares é de alçada exclusiva dos loteadores

Consoante regra pontificada no art. 37, § 6º da CF, as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, restou consagrado o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.

Observa-se, assim, que o artigo 37, § 6º da Constituição, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros.

Entretantes, temos que para indenização de atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano.

Embora seja usual falar em responsabilidade do Estado, sendo este uma entidade pública, uma pessoa moral, a ação ou inação atribuídas ao Estado, em verdade, corresponde a uma conduta positiva ou omissiva de seus servidores e/ou agentes políticos. Mas não indica o autor qualquer conduta concreta que possa ser atribuída a qualquer servidor público.

Não existe nexo de causalidade entre a atuação da Municipalidade e os atos ilícitos praticados que resultaram em danos ambientais e urbanísticos, **não podendo a Administração Pública ser responsabilizada por atos praticados por terceiros.**

De outro lado, o autor sequer esclarece a natureza do dano que pretende ver indenizado pelo Município. Afirma simplesmente que decorreria da falta de fiscalização. Tais danos, talvez, seriam não decorrentes de lesão ao meio ambiente, mas decorrentes de responsabilidade civil do Estado pela falta do serviço.

No entanto, os danos em questão ambiental devem ser materiais, efetivos. O autor sequer indicou-os e não podem ser presumidos.

A responsabilidade dos réus não pode advir apenas do plano normativo, com base no que a legislação, em tese, prevê. Deve-se verificar, no caso concreto, se há essa responsabilidade.

Não está demonstrada a existência de dano por falta de fiscalização. Sequer a falta de fiscalização está demonstrada.

Na lição de Nelson Nery, para que exista o direito de indenização pelo dano ambiental é preciso haver: a) evento danoso; e, b) nexo causal. O evento danoso é o fato ensejador do prejuízo alegado. Para que se tenha como preenchido o requisito do nexo causal, o dano deve ter advindo da

atividade daquele que se alega ser o causador do dano (in "Responsabilidade Civil por Dano Ecológico e a Ação Civil Pública", *Justitia*, 46: 168-189).

O nexo de causalidade é, portanto, um dos pressupostos para a determinação da responsabilidade. E não há relação direta entre a atividade administrativa e os danos causados pela implantação irregular do loteamento.

Portanto, a inclusão da Municipalidade de São Paulo no pólo passivo da ação foi, certamente, fruto de equívoco do *Parquet*, pois ela nada deve a título de indenização, na medida em que não pode e não deve ser equiparada aos loteadores particulares.

Assim, a responsabilidade só pode emergir da ação ou omissão do réu, evento danoso e relação de causalidade, que no caso *sub examen*, não restou demonstrada em momento algum.

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, assim, a responsabilidade do Município só existiria se demonstrado o nexo de causalidade entre um ato seu e o dano.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, em seu livro "Da Responsabilidade Civil", Vol. I, ed. Forense, 6ª edição, orienta:

"Convém esclarecer, aqui, que todos os casos de responsabilidade civil obedecem a quatro séries de exigências comuns:

a) o dano, que deve ser certo, podendo, entretanto, ser material ou moral;

b) e a relação de causalidade, a "causal connexion", laço ou relação direta de causa a efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano são seus pressupostos indispensáveis;

c) a força maior e a exclusiva culpa de vítima tem, sobre a ação de responsabilidade civil, precisamente porque suprirem esse laço de causa a efeito, a mesmo efeito preclusivo;

d) as autorizações judiciárias ou administrativas não constituem motivo de exoneração de responsabilidade"(pág. 120).

"Das noções expostas, ficou-nos a concepção de culpa genérica, que se desdobra em dolo e culpa, propriamente dita; aquele não é o vício de vontade, mas o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado, ao passo que na culpa, em

sentido restrito, a vontade é dirigida ao fato causador da lesão, mas o resultado não é querido pelo agente. A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível. Desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude” (pág. 136)

“Da culpa, caracterizada no art. 159 do Código Civil como negligência ou imprudência, decorrem outras noções, que demandam exame. Nesse título, estão, com efeito, compreendidas a negligência, a imprudência e a imperícia, que são todas formas desse elemento essencial: a falta de diligência, falta de cuidado. Negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a observância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. Consiste a imprudência na precipitação, no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos.

Omissão e abstenção usam-se abusivamente como sinônimos, não obstante sua bem perceptível diferença. Omissão é negligência, o esquecimento das regras de proceder, no desenvolvimento da atividade. A abstenção é a inatividade. Genericamente encarada, a omissão pressupõe a iniciativa. A abstenção a excluir” (pág. 137).

“Como quer que seja, o que o nosso Código Civil tem em vista é o ato ilícito. Este acarreta, “de si só e originariamente, o vínculo da obrigação”. Nele concorrem elementos objetivos e subjetivos. São requisitos da primeira categoria: o ato “contra jus, saus droit”, isto é, praticado de maneira ilícita, contra o direito; o resultado danoso; a relação causal entre o ato e o dano. São requisitos subjetivos: a imputabilidade do agente e que tenha agido com culpa” (pág. 139).

É, pois, importante destacar que, para haver a responsabilidade civil da Municipalidade de São Paulo, indispensável seria que tivesse ela praticado **ato ilícito culposo** e que os danos decorressem **diretamente de tal ato**.

Sustenta o autor que o evento danoso se deve à negligência da Administração Pública. Não procede a alegação, deveria o autor ter demonstrado a culpa das rés, o liame entre sua conduta e o dano.

Contudo, como demonstrado e comprovado, **a Municipalidade de São Paulo não praticou qualquer ato ilícito**, ao contrário, executou os atos legais que lhe competia na tentativa de impedir o loteamento clandestino.

A doutrina aponta para a indispensabilidade também do nexo de causalidade, para viabilizar a ação indenizatória:

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, em sua monografia "Responsabilidade Civil em Debate", ed. Forense, 1983, pág. 30, explana que:

"Tanto no caso de culpa contratual como no da extracontratual, encontramos a exigência de um nexo causal entre a ação ou omissão e o evento danoso. Nas duas, também, encontramos o risco: risco contratual na primeira, e risco evitável pela previsibilidade de dano, na segunda.

Assim entendido o risco como inerente a toda culpa, a doutrina e a jurisprudência evoluíram para a responsabilidade por fato de terceiro, criando a noção da "culpa in eligendo" e de "culpa in vigilando".

A teoria objetiva do risco criado surgiria da correlação entre a culpa e o risco previsível e não evitado: quem cria conscientemente um risco é responsável pelas suas conseqüências danosas, mesmo havendo concorrência de caso fortuito, se não exclui totalmente a causalidade".

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em seu livro "Responsabilidade Civil de Acordo com a Constituição de 1998", ed. Forense, 3ª edição, pág. 75, ao explicar a cerca de nexo de causalidade entre a culpa e o dano, ensina que:

"Na etimologia da responsabilidade civil, como visto, são presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista, porque sem eles não se configura: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre uma e outro. Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto

é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um "erro de conduta", que é o elemento objetivo, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado, na feliz expressão de Demove, "é preciso, esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo de certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria"(Traité des Obligations em Général, vol. IV, n° 366). O nexu causal se torna assim "indispensável", acrescenta Leonardo A. Colombo, para que a culpa aquiliana possa gerar conseqüências para seus autos (Culpa Aquiliana "Cuasidelitos", n° 56, p. 158). Não basta, esclarece Savatier, que um dano tenha coincidido com a existência de uma culpa ou de um risco para estabelecer uma responsabilidade. "Coincidência não implica em causalidade"(La Responsabilité Civile, vol. II, n° 459). Para que se concretize a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano "porque" o agente procedeu contra direito (Roné Rodière, Responsabilité Civile, p. 232; Marty e Raymond, Droit Civil, II, vol. 1°; Les Obligations, n° 477). Na relação causal pode estar presente o fator volitivo ou pode não estar. Isto é irrelevante. O que importa é determinar que o dano foi causado pela culpa do sujeito (Plamioi, Ripert e Esmein, Traité Pratique de Droit Civil, vol. VI, n° 538)".

Assim sendo, não possui qualquer fundamento o pedido de condenação da Municipalidade para reparar os danos que não foram por ela provocados, em face da ausência do requisito do nexu de causalidade.

Não pode o representante do "Parquet" confundir os atos praticados pelo loteador, que efetivamente implantou o loteamento clandestino, com os atos do poder de polícia da Administração Pública Municipal.

Ademais, para haver a obrigação de indenizar, é indispensável que haja pronta prova do dano, produzida na ação de conhecimento e não em futura execução de sentença, como inadequadamente requerido pelo Autor.

É, pois, neste sentido o posicionamento pacífico de nossa Jurisprudência e Doutrina:

“Somente danos diretos e efetivos, por efeito imediato do ato culposo, encontram no Código Civil suporte de ressarcimento. Se dano não houver, falta matéria para a indenização. Incerto e eventual é o dano quando resultaria de hipotético agravamento da lesão” (RT 612/44).

“Indenização - Perdas e Danos - Ausência de comprovação cabal de prejuízos aferíveis economicamente - Dano hipotético que não justifica a reparação - Ação improcedente - Recurso não provido.” (RJTJSP 120/175)

“Não basta alegar um pretendido prejuízo; é indispensável sua prova, que deverá ser feita na ação principal, porque do contrário, transformar-se-ia a instância de execução em instância de acerto de direito”(RF 194/258)

“Havendo inadimplemento contratual, a existência de prejuízos daí decorrentes deve ser provada na ação de conhecimento, não podendo ser relegada para a fase de execução”(RT 512/112).

“Se não se comprovam as perdas e danos durante a ação, não pode esta vingar. Só se apuram em execução quando evidenciados na ação” (RJTJSP 97/225).

“A prova do dano, como a relação de causalidade, são os dois pressupostos que nunca podem faltar para confortar o pedido de indenização decorrente de responsabilidade civil, seja a fundada na culpa, seja a amparada no risco.” (JB 01/193)

“Em condições tais, a prova do prejuízo seja moral ou seja patrimonial indireto representado pelo abalo de crédito, há de ser feita na fase de conhecimento, só se remetendo para o juízo sucessivo da execução a eventual apuração do respectivo quantum” (Yussef Said Cahali - “Dano e Indenização”).

No mesmo sentido: Aguiar Dias, “Da responsabilidade Civil”, Forense, I/110; Washington de Barros Monteiro, “Direito das Obrigações”, Saraiva, 1960, I/367, bem como as decisões publicadas pelas seguintes revistas: RT 405/382, 413/133, 423/166, 512/113, 527/89, 568/167 e 575/133;

RJTJSP 2/79; RJTJESP - Lex 110/169; JTJ - Lex 150/30; e Jurisprudência Catarinense 3-4/214.

RUI STOCO, em sua obra "Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial", 2ª. edição, ed. RT, pág. 49, observa que:

"A doutrina é unânime em afirmar, como não poderia deixar de ser, que não há responsabilidade sem prejuízo.

O prejuízo causado pelo agente é o "dano".

Enfatiza Cretella Jr. Que *'em nenhum caso, a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas pode prescindir do evento danoso. A ilegitimidade ou irregularidade da ação, sem dano algum a terceiros, não é suficiente para empenhar responsabilidade, mas, tão-só, quando for o caso, a invalidade do ato'*(cf. Guido Zanobini, "Corso di diritto administrativo", 6ª. ed. 1950, v. 1, p. 269.

Diz Silvio Rodrigues: *"Princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, em contradição no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é inconcebível, é aquele que impõe, a quem causa dano a outrem, o dever de o reparar"* ("Responsabilidade civil", 3ª. ed., 1979, p. 13)."

E o mesmo autor, mais adiante, na página 439, ensina que:

"O prejuízo deve ser certo, é regra essencial da reparação.

Com isto se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação. Por isso que não há que distinguir, para efeito de responsabilidade, entre dano atual e dano futuro. Todos os autores concordam em que a distinção a fazer, nesse sentido, é tão-somente se o dano é ou não certo (Mazeaud et Mazeaud, cit., n. 216, p. 268; Soudart, ob. Cit. N. 448, p. 576)."

E em relação à questão da prova do dano na própria ação de conhecimento, faz o mencionado autor a seguinte nota (págs. 441/442, da citada obra):

"Como afirmado no Item 9.08, do Capítulo I, já asseverava Mazeaud e Mazeaud que a questão da prova se apresenta em termos

muito simples, quando se trata de demonstrar o prejuízo. Torna-se até escusado dizer que ao prejudicado é que cumpre provar o dano. ("Traité théorique et pratique de la responsabilité, délictuelle et contractuelle", 3ª. ed., Paris, 1938, vol. 2, n. 1.681, p. 623).

Segundo Aguiar Dias "o que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração ao seu "quantum", que é matéria da liquidação. Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante" ("Da responsabilidade civil", 6ª. ed., 1.979, v. I, pp. 93-94).

As perdas e danos constituem matéria de prova, inclusive envolvendo assessoria técnica consubstanciada em sede pericial, não bastando meras alegações. Claro que as circunstâncias podem até indicar, como indícios, que tenha ocorrido possíveis prejuízos. Mas isso não basta. Para que subsista a obrigação indenizatória há que existir o dano comprovado, que constitui a condição essencial para aquela.

Na precisa lição do sempre lembrado Aguiar Dias, "o prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação. Com isso, se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação" ("Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 14/221 - Carvalho Santos e colaboradores).

Portanto, sem a comprovação cabal dos prejuízos aferíveis economicamente, inaceitáveis a pretensão indenizatória (cf. Arnoldo Medeiros de Fonseca, "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 14/268; Cunha Gonçalves, "Tratado", vol. IV, tomo II, p. 726).

Ensina Liebman, em obra que se tornou clássica, que "a execução só se justifica quando houver realmente aquele direito em estado de insatisfação. Aquele estado de fato é a razão de ser, a causa da execução. Para evitar qualquer abuso ou arbítrio por parte do credor, a lei exige, pois, que a execução seja em regra procedida pelo devido processo de cognição, capaz de fornecer a certeza da existência daquela causa. A execução será justa só enquanto feita para satisfazer direito legalmente adquirido, ao qual, sem motivo legítimo, o devedor deixa de dar a devida satisfação" ("Processo de Execução", p. 23)."

Rogamos vênias, para transcrever trechos da decisão proferida

nos autos 817/93 da 12ª Vara da Fazenda Pública, onde se julgou improcedente a pretensão do "Parquet" em face da Municipalidade:

"Não se recusa a competência da Municipalidade para fiscalização e ações conseqüentes, no âmbito do poder de polícia administrativa, relativamente ao uso e ocupação do solo urbano. Tal competência lhe advém nítida da Lei nº 6.766/79.

Todavia, questão muito diversa é a responsabilidade civil, de caráter objetivo, invocada pelo autor, decorrente da existência dos loteamentos clandestinos, contra a co-ré. Para que apontada omissão seja hábil a gerar responsabilidade civil, nos termos pretendidos pelo autor, necessário se faz que esteja na linha de evolução do evento danoso, compondo o imprescindível nexo de causalidade.

Porém, não se pode perder de vista a realidade social subjacente, em uma sociedade com as dificuldades culturais crônicas como a que todos experimentamos em âmbito local e nacional. Não se pode exigir do Poder Público a rigorosa onipresença, nos moldes a impedir a ação criminosa dos loteadores clandestinos, que agem nas quatro zonas desta metrópole

Levado a rigor os princípios administrativos defendidos na exordial, ter-se-á que a Municipalidade seria condenada a ressarcir os prejuízos causados pelo ato criminoso, sob acusação de não tê-lo evitado. Desdobrando-se o raciocínio, resultará em ser condenado o Estado por roubos, furtos, homicídios, estupros, extorsões, seqüestros, etc, também porque não os evitou. Ora, apenas pelo enunciado a hipótese já se revela absurda". (grifo nosso)

VIII. DA IMPROPRIEDADE DA REPARAÇÃO PECUNIÁRIA EM MATÉRIA DE DANOS AMBIENTAIS

O pedido é juridicamente impossível, posto que o dano ambiental é de difícil reparação, sendo a mera reparação pecuniária claramente impossível ou de utilidade efetiva duvidosa, posto que nem sempre é possível, no estágio atual, verificar qual o cálculo da totalidade do dano ambiental.

A modalidade ideal de reparação de dano ambiental é a reconsti-

tuição ou recuperação do meio ambiente lesado, cessando-se a atividade lesiva e revertendo-se a degradação ambiental.

Assim, não basta indenizar (promover o pagamento em pecúnia), mas fazer cessar a causa do mal, o que vem sendo feito pela Municipalidade com seus projetos de intervenção nestas áreas.

A regra, pois, é buscar-se, por todos os meios razoáveis, ir além da ressarcibilidade (indenização) em seqüência ao dano, garantindo-se, ao contrário a fruição do bem ambiental.

O valor econômico não tem o condão – sequer por aproximação – de substituir a existência e fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O influxo desses princípios no instituto da responsabilidade civil conduzirá, a um maior protagonismo, em matéria ambiental, dos mecanismos de tutela preventiva e ao reforço do primado da reintegração ou da reconstituição natural do dano e, não a indenização pecuniária.

Todavia, isso não significa que a reparação pode, indiferentemente, ser feita por um modo ou outro. Pelo contrário, primeiramente, deve-se verificar se é possível o retorno ao “*statu quo*” ante por via da específica reparação, e só depois de infrutífera tal possibilidade é que deve recair a condenação sobre o quantum pecuniário, até mesmo porque, por vezes, “é difícil a determinação do quantum a ser ressarcido pelo causador do ato feito, sendo sempre preferível a reparação natural, pela recomposição efetiva e direta do ambiente prejudicado.

Assim, se nota que não há porque ser discutido nestes autos reparação de danos em pecúnia, quando nas ações acima descritas e nas medidas administrativas adotadas, a intenção é de reparação dos danos ambientais com a reconstituição, adequação e se necessário revertendo-se a degradação ambiental.

Na primorosa lição de Edis Milaré, in Ação Civil Pública – RT, “A regra, pois, é buscar-se, por todos os meios razoáveis, ir além da ressarcibilidade (indenização) em seqüência ao dano, garantindo-se, ao contrário, a fruição do bem ambiental. O valor econômico não tem o condão – sequer por aproximação ou ficção – de substituir a existência e fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O trabalho do legislador, por conseguinte, visa garantir essa possibilidade de fruição e, só excepcionalmente, o ressarcimento monetário da lesão”.

Por derradeiro, diga-se que curiosa é a posição assumida pelo Ministério Público nesta demanda. Em ação civil pública promovida pela Municipalidade de São Paulo contra Jorge Galdino da Silva e outros, perante a 10ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, Autos no. 48/99, objetivando a paralisação de loteamento denominado "Jardim Panorama", bem como seu desfazimento e o pagamento de indenização por danos ambientais, que também está localizado na área de proteção de mananciais da Represa Guarapiranga, o Ministério Público atuou como "*custos legis*" e assumiu posição diametralmente oposta a aqui adotada. Sustentou o Ministério Público a falta de interesse de agir do Município. No entendimento então manifestado pelo "Parquet", não teria cabimento o pagamento de indenização por danos ambientais e deveria o Município esgotar todos os mecanismos administrativos de que dispõe, enfim, exaurir todos os meios para buscar a regularização do empreendimento pela via administrativa e não transferir ao Poder Judiciário encargo inserido em suas atribuições. O Município, assim, teria o poder-dever de agir no sentido de regularizar loteamento urbano ocorrido de modo clandestino. A tese foi acolhida pelo Juízo na sentença prolatada, mantida no parecer da Procuradoria de Justiça e no acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (doc.).

IX. DO PEDIDO

Não há dúvida de que a Municipalidade pautou sua conduta dentro dos estritos limites legais e com rigorosa observância dos preceitos urbanísticos pertinentes, procedendo dentro da órbita de sua regular competência e parâmetros de organização interna de seus órgãos afetos a essa atribuição, inexistindo qualquer razão para a propositura da presente demandada.

Inexiste, também, por parte da Municipalidade de São Paulo, obrigação de indenizar, uma vez que não estão presentes qualquer dos elementos da responsabilidade civil, já que não agiu ilicitamente, não provocou diretamente qualquer dano, em suma, não teve qualquer culpa quanto aos danos decorrentes da implantação do loteamento clandestino.

Existem outras ações tratando do mesmo loteamento, o que poderá gerar antagonismo das decisões.

Assim, com fundamento nas preliminares argüidas, requer-se a decretação de carência da ação, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos da lei processual civil, ou, em não sendo esse o entendimento de Vossa Excelência, requer-se a improcedência da ação, com a condenação do autor ao ônus da sucumbência.

Protesta-se pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 14 de maio de 2007.