

LOTEAMENTO. REGULARIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE
EXCLUSIVA DO PARTICULAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
EXCLUSÃO DA MUNICIPALIDADE PAULISTANA
DA AÇÃO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO. Ação ajuizada pelo Ministério Público para regularização de loteamento executado por particular, responsabilidade exclusiva deste. Art. 48 da Lei nº 6.766/79. Exclusão da Municipalidade da ação. Recurso do Ministério Público improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 16.158-5/0, da Comarca de SÃO PAULO, em que é agravante o MINISTÉRIO PÚBLICO, sendo agravados a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e outro:

ACORDAM, em Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público, em face de decisão proferida pelo Juízo de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, nos autos de ação civil pública – proc. 727/95 – que excluiu a Municipalidade de São Paulo, por ilegitimidade passiva. Afirmou a r. decisão recorrida que, em se tratando de ação com o objetivo de condenar os loteadores e a Municipalidade a promover a regularização técnica de loteamento, essa última não ostentou legitimidade passiva para a causa, na medida em que, conforme o disposto no art. 40, da Lei nº 6.766/79, era-lhe atribuída apenas faculdade, e não dever, de regularizar loteamentos irregulares “para evitar lesão aos seus padrões urbanísticos e na defesa dos adquirentes”. Logo, a ação administrativa seria ditada pelos critérios da conveniência, possibilidade e oportunidade, “descabendo obrigá-la por meio da presente ação”. Em consequência, declarando extinto o processo em relação à Municipalidade, o Juízo “a quo” declinou da competência e determinou a remessa dos autos para uma das Varas Cíveis da Capital, para que a ação prossiga exclusivamente contra o loteador.

O agravante, porém, sustenta que “o controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano constitui encargo, por excelência, do MUNICÍPIO (Constituição Federal, art. 30, VIII; Constituição Estadual, arts. 180/183; Lei Orgânica do Município, arts. 148/159), entregue, em São Paulo, à Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano (Lei Municipal nº 10.237, de 17.12.86, artigo 1º, I). De suas variadas atribuições legais para o exercício desse controle urbanístico, resulta-lhe “o poder-dever de regularizar loteamentos clandestinos” de modo que, embora o art. 40 da Lei Federal nº 6.766/79 “possa sugerir uma faculdade ao Município, encerra – uma interpretação finalístico-sistemática – determinação urbanística e pre-ocupação social, pois a Lei Lehmann pretendeu abolir as urbanizações irregulares, para proteger os legítimos interesses, não só da coletividade urbana, mas também dos adquirentes de lotes.

Assim, não se trata de “atropelar” o poder discricionário da Administração, “mas, sim, que a lei seja aplicada, a cuja obediência o poder discricionário não escapa”, anotado que “a ação civil pública também chamada ideológica, se presta, entre mais, a compelir a Administração a fazer ou não fazer, diante do elenco de direitos que visa a tutelar (art. 1º, da Lei nº 7.347/85)”. E, “a discricionariedade administrativa não constitui óbice para a decisão jurisdicional no caso de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em interesse do bem comum, porque a definição do que seja este não é exclusiva do Executivo, mas objetivo fundamental da República e de seus Poderes”. “Ademais, o dever de reparação do Estado (*lato sensu*), pelos danos que provoca, funde-se na responsabilidade objetiva (Constituição Federal, art. 37, 6º), segundo o qual é bastante a constatação da atividade do ente político (omissiva ou comissiva), do dano provocado ao particular e do nexo de causalidade para configurar a obrigação indenizatória. Ainda que se adote a responsabilidade subjetiva, a culpa da Administração no exercício de suas funções apresenta-se nos casos em que o serviço público, por falha na sua organização, não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente. Ocorrendo qualquer dessa modalidade, há um descumprimento da lei, por culpa presumida do Poder Público, que fica sujeito a ressarcir os danos conseqüentes dessa falta”. No caso, “o evento danoso se deve à negligência da Administração Pública. Houve desídia na fiscalização do uso do solo e a omissão de qualquer providência oportuna que impedisse a implantação do parcelamento do solo clandestino”, motivo porque deve a decisão de primeiro grau ser reformada, afastando a preliminar levantada pela agravada, mantendo-a no pólo passivo da ação (fls. 3/14).

Respondeu a agravada, argumentando que, a teor do art. 40 da Lei nº 6.766/79, “não está o Município obrigado a regularizar. A regularização será feita se for conveniente e oportuno para o Município. Não seria, ainda, correto ou legal, entender-se nessa outorga uma obrigação, já que às entidades políticas por legislação ordinária, não se impõem deveres ou obrigações. Além disso, observe-se que se o Município optar pela regularização, esta há de ser para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento e defesa dos direitos dos adquirentes dos lotes. Os padrões serão os traçados no planejamento do Município e os direitos do adquirente são os previstos no contrato e na legislação vigente (...). De outra parte, não tem prazo o Município para iniciar a regularização...” (Diógenes Gasparini, *O Município e o Parcelamento do Solo*, p. 146). Assim, o Judiciário, condenando o

Município nos moldes da inicial, estaria sim atropelando a Administração para ditar-lhe as prioridades.

Outrossim, "não houve a alegada negligência da Administração Pública, e nem desídia na fiscalização do uso do solo, como quer fazer crer o órgão ministerial, posto que este utilizou-se dos próprios documentos da Municipalidade para ajuizar a ação". Não pode a Municipalidade, pois, ser responsabilizada solidariamente com os loteadores de lotes, apenas pelo fato de manter aparelho administrativo destinado ao poder de polícia". Nesse sentido, a Jurisprudência colacionada (fls. 80/84).

É o relatório.

Não obstante as doutes razões expendidas pelo agravante, o recurso não merece acolhida.

Com efeito, na ação civil pública ajuizada, pretende o Ministério Público responsabilizar a Municipalidade, solidariamente com o loteador, pela obrigação de regularizar o loteamento citado, por não ter sido observado, na sua implantação, a legislação de uso e parcelamento do solo, mediante adaptação ou restauração total, com pagamento de indenização aos adquirentes dos lotes atingidos, bem como indenizar os danos urbanísticos e ambientais ocasionados pela execução do desmembramento, em montante a ser apurado em liquidação, com imposição de multa diária até o efetivo adimplemento (fls. 32/34).

A solidariedade do ente público municipal estaria fundamentada na omissão do exercício do poder de controle urbanístico e conseqüente poder-dever de regularizar loteamentos clandestinos, a teor dos textos legais e constitucionais citados e, objetivamente em face do disposto no art. 40, da Lei nº 6.766/79 e com corolário do disposto no art. 159 do Código Civil e art. 37, 6º, da Constituição Federal pois "do contrário, estar-se-á prestigiando o enriquecimento ilícito do réu JOÃO NATAL, bem como a inércia do Município".

Contudo, como bem argumentou a Municipalidade, o art. 40 da Lei nº 6.766/79 não estabelece para a Administração, um dever ou obrigação de regularizar mas apenas outorga-lhe faculdade para tanto, condicionada aos critérios de conveniência e oportunidade para execução da ação adminis-

trativa, mesmo porque “não seria correto ou legal, entender-se nessa outorga uma obrigação, já que às entidades políticas, por legislação ordinária, não se impõem deveres ou obrigações” conforme lição de Diógenes Gasparini, in *O Município e o Parcelamento do Solo*, p. 146, citado em fls. 81.

E, tratando-se de ato discricionário da Administração, a correção de desvios há de se pautar na existência de absoluta ilegalidade, o que não é o caso não obstante o objeto de ação seja a defesa do interesse coletivo. Embora a Administração tenha recebido encargo de velar pelo interesse coletivo em tela – controle urbanístico – não lhe cabe, todavia, suportar reparações pelos danos provocados diretamente por particulares ou pela simples razão de manter aparato de fiscalização que, aliás, no caso, foi executado, conforme o demonstrou a agravada, embora sem sucesso.

Nesse sentido, elucidativas decisões judiciais colacionadas pela agravada:

“... à luz dos princípios constitucionais assentes na Carta Magna, entre eles os relacionados à regra da independência e harmonia dos poderes, tem-se como impossível juridicamente postulação visando compelir a entidade pública municipal ou estadual a desenvolver atividade que se insere no âmbito da discricionariedade inerente à Administração Pública que se caracteriza pelo Poder da Administração de praticar pela maneira e nas condições que reputar mais convenientes ao interesse público, mormente à vista da complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar em cada passo e que se avolumou no Município de São Paulo, derivados basicamente de migração descontrolada” (Apel. Civil nº 264.604-2/0 – 15ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 29.8.95, Rel. Des. Ruy Camilo).

E, ainda, “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 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 de loteamentos clandestinos, contra a co-ré. Para que apontada omissão seja hábil a gerar responsabilidade civil, nos termos pretendi-

dos 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”, permeada por deficiências culturais, de modo que “não se pode exigir do Poder Público a rigorosa onipresença, nos moldes a impedir ação criminosa dos loteadores clandestinos, que agem nas quatro zonas desta metrópole”.

“Levando 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 ser condenado o Estado por roubos, furtos, homicídios, estupros, extorsões, seqüestros, etc., também porque não os evita. Ora, apenas pelo enunciado, a hipótese já se revela absurda” (fls. 82).

De fato, descabido afirmar-se responsabilidade civil da Administração por ato praticado por particular pela simples razão de caber, àquela, a fiscalização e repressão a tal ato, pena de embaralhar e confundir o conceito de responsabilidade. Esta se conceitua, estritamente, nos termos do art. 159 do Código Civil e, no tocante aos serviços públicos, nos estritos termos do art. 37, § 6º, da CF/88.

E, a teor de tais conceitos, não decorre responsabilidade da Administração pelo simples exercício do poder-dever de fiscalizar, ou da mera faculdade de executar, sendo esta subordinada ao seu poder discricionário.

Em suma, não decorrendo a implantação do loteamento em tela diretamente da ação administrativa municipal, figurou a Municipalidade de São Paulo como parte ilegítima na ação intentada, motivo porque foi corretamente excluída da mesma.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Desembargadores RAFAEL SALVADOR (Presidente, sem voto), CELSO BONILHA e WALTER THEODÓSIO.

São Paulo, 21 de agosto de 1996

JOSÉ SANTANA
Relator