

A responsabilidade do município no enfrentamento das ocupações em áreas de risco

Ricardo Manuel Castro¹
Promotor de Justiça

Resumo e palavras-chave: Ocupações em área de risco – Competência constitucional e administrativa – Dever do município – Omissão, em tese, caracterizadora de crime e ato de improbidade administrativa – Inaplicabilidade da chamada tese da “reserva do possível” ou do “princípio da razoabilidade”

Por força do art. 30, VIII, e art. 182, ambos da Constituição Federal, o município é o responsável pela política de desenvolvimento urbano, devendo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar dos seus habitantes, planejando e controlando o uso, o parcelamento e a ocupação do solo urbano.

Logo, o município é o primeiro e principal responsável pela tutela do **meio ambiente artificial**, que também encontra proteção no art. 225 da Constituição Federal, conforme ensinamentos de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

O meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto).

Este aspecto do meio ambiente está diretamente relacionado ao conceito de cidade. Vale verificar que o vocábulo “urbano”, do latim “urbs, urbis”, significa cidade e, por extensão, seus habitantes. Não está empregado em contraste com o termo campo ou rural, porquanto qualifica algo que se refere a todos os espaços habitáveis, “não se opondo a rural, conceito que nele se contém: possui, pois, uma natureza ligada ao conceito de território”.

O meio ambiente artificial recebe tratamento constitucional não apenas no art. 225, mas também nos arts. 182, ao iniciar o capítulo referente à política urbana; 21, XX, que prevê a competência material da União Federal de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; 5º, XXIII, entre alguns outros (FIORILLO, 2009, p. 21).

A Constituição Federal impõe aos entes federados – e, portanto, ao município – o dever de “**conservar o patrimônio Público**” (art. 23, I, CF); “**proteger o meio ambiente**” (art. 23, IV, CF) – sem distinção da espécie: artificial ou natural –, “**bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida**” (art. 225, *caput*, CF), e de “**promover [...] a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico**” (art. 23, IX, CF).

¹ 9º Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social de São Paulo. Professor de Direito Ambiental da Escola Superior do MPSP.

Nesses termos, extrai-se da Carta Magna a tutela da Política Nacional do Meio Ambiente, estatuída pela Lei Federal 6.938/81, que considera o meio ambiente como **patrimônio público** (art. 2º, I) e preconiza a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, a proteção da dignidade da vida humana, manutenção do equilíbrio ecológico e racionalização do uso do solo (arts. 2º e 4º), vinculando o Governo Municipal às suas diretrizes (art. 5º, *caput*).

Ademais, o Poder Constituinte Derivado (art. 25, CF), dispendo de **forma plena** sobre normas de direito urbanístico, à falta de lei federal (art. 24, §§ 3º e 4º, CF), dispôs na **Constituição do Estado de São Paulo**, que:

Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

I – o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes;

II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, plano, programas e projetos que lhes sejam concernentes;

III – a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural;

IV – a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública;

V – a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida;

VI – a restrição à utilização de áreas de riscos geológicos;

VII – as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente alterados, exceto quando a alteração da destinação tiver como finalidade a regularização de:

a) loteamentos, cujas áreas verdes ou institucionais estejam total ou parcialmente ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social destinados à população de baixa renda, e cuja situação esteja consolidada ou seja de difícil reversão;

b) equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originariamente previstos quando da aprovação do loteamento;

c) imóveis ocupados por organizações religiosas para suas atividades finalísticas.

§1º – As exceções contempladas nas alíneas “a” e “b” do inciso VII deste artigo serão admitidas desde que a situação das áreas objeto de regularização esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a realização de compensação, que se dará com a disponibilização de outras áreas livres ou que contenham equipamentos públicos já implantados nas proximidades das áreas objeto de compensação.

§2º – A compensação de que trata o parágrafo anterior poderá ser dispensada, por ato fundamentado da autoridade municipal competente, desde que nas proximidades da área pública cuja destinação será alterada existam outras áreas públicas que atendam as necessidades da população.

§3º – A exceção contemplada na alínea ‘c’ do inciso VII deste artigo será permitida desde que a situação das áreas públicas objeto de alteração da destinação esteja consolidada até dezembro de 2004,

e mediante a devida compensação ao Poder Executivo Municipal, conforme diretrizes estabelecidas em lei municipal específica (grifo nosso).

Nota-se que, segundo a **Constituição do Estado de São Paulo**, incumbe ao município assegurar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 180, I), **preservando, protegendo e recuperando o meio ambiente urbano** (art. 180, III), observando as normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida (art. 180, V), bem como a **restrição à utilização de áreas de riscos geológicos** (art. 180, VI).

Na execução da política urbana (art. 182, *caput*, CF), dentre outras diretrizes, o município deve se atentar para a **garantia do direito ao saneamento ambiental e à infraestrutura urbana**. Deve o município ordenar e controlar o uso do solo, de forma a evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, o parcelamento do solo, a edificação ou o **uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana**, bem como a **deterioração das áreas urbanizadas** (art. 30, VIII, CF), a poluição e a degradação ambiental e a **exposição da população a riscos de desastres**.

É o que prevê a **Estatuto da Cidade – Lei 10.257/01**:

Art. 2º – A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

[...]

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

[...]

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;

[...]

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

h) a exposição da população a riscos de desastres (grifo nosso).

Ainda, os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais e de esgotamento sanitário são, dentre outras, exigências mínimas que devem ser asseguradas e conservadas pelo município. Essa conclusão se extrai da **Lei 6.766/79**:

Art. 2º – O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

[...]

§ 5º A infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água

potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação (grifo nosso).

Como se não bastasse, a legislação, além de impor ao município que assegure a existência de obras de infraestrutura nos loteamentos e a sua conservação, prevê “diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico” (art. 1º, Lei 11.445/07). Dentre essas diretrizes, estão a **universalização do acesso** e os **serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes, adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado.**

Essa prescrição se encontra na **Lei 11.445/07**, com a redação dada pela Lei 13.308/2016:

Art. 2º – Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I – universalização do acesso;

II – integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;

III – abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

IV – disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes, adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – saneamento básico: conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de:

[...]

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

d) drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas (grifo nosso).

Diante desses dispositivos legais, conclui-se que o **Estatuto da Cidade** estabelece o “direito à infraestrutura urbana” e o “direito aos serviços públicos” (art. 2º, I, Lei 10.257/01). Extrai-se, portanto, um verdadeiro direito (difuso) aos “serviços públicos de saneamento básico” (art. 2º, *caput*, Lei 11.445/07), que compreende a “limpeza urbana” (art. 2º, III, Lei 11.445/07) e a

disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes, adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado (art. 2º, IV, Lei 11.445/07).

Desse modo, vale repisar, o **Estatuto da Cidade** impõe que se evitem a “deterioração das áreas urbanizadas” (art. 2º, VI, *f*, Lei 10.257/01) e a “exposição da população a riscos de desastres” (art. 2º, VI, *h*, Lei 10.257/01).

Com base nesses dispositivos constitucionais e legais, fica claro o dever do município de assegurar a existência e a conservação dos equipamentos públicos de saneamento básico da cidade, tais como os sistemas de drenagem de águas pluviais, a fim de, dentre outros, evitar a exposição da população a risco de desastres decorrentes, principalmente, da ocupação de áreas de grande declividade ou de margens de rios ou córregos.

Ainda, conforme a **Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC**, deve-se sempre priorizar as medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco de desastre (art. 4º, III, Lei 12.608/12), mesmo quando incerta tal situação (art. 2º, § 2º, Lei 12.608/12).

Nessa esteira, dentre os objetivos da PNPDEC, estão a **redução dos riscos de desastres** (art. 5º, I, Lei 12.608/12); a **prestação de socorro e assistência às populações atingidas por desastres** (art. 5º, II, Lei 12.608/12), inclusive com a **disponibilização de suprimentos** (art. 8º, VI, Lei 12.608/12), **abrigo provisório** (art. 8º, VIII, Lei 12.608/12) e **moradia temporária** (art. 8º, XVI, Lei 12.608/12) às famílias atingidas por desastres; o **estímulo ao ordenamento da ocupação do solo urbano e rural** (art. 5º, X, Lei 12.608/12); a **recuperação das áreas afetadas** (art. 5º, III, Lei 12.608/12) e o seu **monitoramento** (art. 5º, III, Lei 12.608/12).

E, em âmbito local, todos esses objetivos devem ser buscados pelo município, a quem compete a execução da PNPDEC (art. 8º, I, Lei 12.608/12).

Essas conclusões se extraem dos seguintes dispositivos da **Lei 12.608/12**:

Art. 2º – É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre.

[...]

§ 2º A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco.

Art. 4º – São diretrizes da PNPDEC:

[...]

II – abordagem sistêmica das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação;

III – a prioridade às ações preventivas relacionadas à minimização de desastres [...].

Art. 5º – São objetivos da PNPDEC:

I – reduzir os riscos de desastres;

II – prestar socorro e assistência às populações atingidas por desastres; III – recuperar as áreas afetadas por desastres;

[...]

VIII – *monitorar os eventos meteorológicos, hidrológicos, geológicos, biológicos, nucleares, químicos e outros potencialmente causadores de desastres;*

[...]

X – *estimular o ordenamento da ocupação do solo urbano e rural, tendo em vista sua conservação e a proteção da vegetação nativa, dos recursos hídricos e da vida humana;*

[...]

XII – *estimular iniciativas que resultem na destinação de moradia em local seguro; [...].*

Art. 8º – *Compete aos Municípios:*

I – *executar a PNPDEC em âmbito local;*

[...]

III – *incorporar as ações de proteção e defesa civil no planejamento municipal;*

[...]

V – *promover a fiscalização das áreas de risco de desastre e vedar novas ocupações nessas áreas;*

[...]

VII – *vistoriar edificações e áreas de risco e promover, quando for o caso, a intervenção preventiva e a evacuação da população das áreas de alto risco ou das edificações vulneráveis;*

VIII – *organizar e administrar abrigos provisórios para assistência à população em situação de desastre, em condições adequadas de higiene e segurança;*

[...]

XII – *promover a coleta, a distribuição e o controle de suprimentos em situações de desastre;*

XIII – *proceder à avaliação de danos e prejuízos das áreas atingidas por desastres;*

[...]

XVI – *prover solução de moradia temporária às famílias atingidas por desastres (grifos nossos).*

A **Constituição Federal**, em seu **art. 37, caput**, prevê que a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Dentre os princípios da Administração Pública, está o da **eficiência**, que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre na busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, “o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum” (MORAES, 1999, p. 294, grifo nosso).

Da leitura do art. 30, VIII, da Constituição Federal, e do art. 40, da Lei 6.766/79, conclui-se que “o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada, e não discricionária”. Deve, assim, agir de ofício (atividade administrativa vinculada) para fiscalizar o parcelamento, o uso e a ocupação do solo urbano e, constatada a sua irregularidade, promover a sua regularização, ainda que para suprir a omissão do loteador.

Por essa razão, o município é obrigado solidariamente a regularizar o parcelamento, o uso e a ocupação irregular do solo, respondendo pela omissão na fiscalização do seu parcelamento e ocupação irregulares do solo.

É que, nesse caso, se houver omissão, haverá descumprimento de dever legal (constitucional), que impõe à Administração Pública a prática de ato administrativo vinculado (fiscalização e controle do parcelamento, uso e ocupação do solo urbano).

Isso fica ainda mais claro quando se tem em vista que

o poder de administração, como subordinado à lei, apenas confere ao administrador o poder (e ao mesmo tempo o dever) de zelar pelo patrimônio público, através de ações que tenham por objetivo a conservação dos bens, ou que visem a impedir a sua deterioração ou perda, ou, ainda, que os protejam contra investida de terceiros, mesmo que necessário se torne adotar a conduta coercitiva autoexecutória ou recorrer ao Judiciário para a defesa do interesse público (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1147).

Assim, o município responde pela desordenada ocupação do solo, pelas consequências das construções irregulares, pelo desrespeito aos padrões urbanísticos, pela falta de obras mínimas de infraestrutura, pela ocupação indevida dos espaços públicos e das áreas institucionais dos loteamentos, pela incompleta execução do projeto de loteamento, pela falta de conservação e deterioração dos espaços públicos e dos equipamentos urbanos de saneamento básico etc.

Logo, não basta que o município adote providências meramente formais para que cumpra o seu dever constitucional e legal na execução da política de desenvolvimento urbano (art. 182, *caput*, CF, e art. 2º, Lei 10.257/01) e da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (art. 8º, I, Lei 12.608/12). O mencionado princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF) impõe mais que isso: a adoção de medidas concretas e substanciais, aptas a atingir a finalidade almejada pela lei e pela Constituição Federal.

Sobre o princípio da eficiência, ensina Marino Pazzagli Filho (2000):

Por esse princípio, por exemplo, não basta o Administrador Municipal alertar a população de que vai chover e não mandar limpar todos os bueiros das áreas pluviais críticas. Se a chuva vem e causa inundação porque os bueiros estavam entupidos de sujeiras, impedindo o escoamento das águas, não houve eficiência na atuação do agente público, e a população tem o direito de responsabilizar o Município pelos prejuízos por ela sofridos decorrentes da inundação. Da mesma forma, o Estado é responsável pelos danos a estabelecimentos comerciais, depredados em tumultos

públicos, em face da omissão ou ineficiência da polícia militar em impedi-los ou reprimi-los.

A inserção na Constituição Federal da eficiência como princípio constitucional da Administração Pública, fundamental e expresso, não deixa margem a qualquer dúvida: de um lado, que é legítima, e mesmo necessária, a investigação ampla da eficiência de quaisquer ações administrativas pelo Poder Judiciário; e de outro, de que a atuação denominada discricionária do administrador é sempre relativa e especialmente limitada por esse princípio (PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 33).

Por conseguinte, a absoluta omissão do município na adoção de medidas **efetivas** (princípio da eficiência – art. 37, *caput*, CF) para que, em determinado caso concreto, atenda às diretrizes da política de desenvolvimento urbano (art. 182, *caput*, CF, e art. 2º, Lei 10.257/01) e da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (art. 8º, I, Lei 12.608/12), não pode ser escusada sob a alegação de **discricionariedade administrativa**.

Diz-se isso, pois a

discrção administrativa não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto. Em última instância, o que se está dizendo é o seguinte: o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato. Está-se afirmando que a liberdade administrativa, que a discrção administrativa, é maior na norma de direito do que perante a situação concreta em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discrção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar a ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discrção, como condição de atendimento de sua finalidade (BANDEIRA DE MELLO, 1992, p. 36).

E se dessa omissão decorrerem danos, o município ficará obrigado a repará-los, por força do art. 37, § 4º, e art. 225, § 3º, ambos da Constituição Federal, e do art. 3º, IV e art. 4º, VII, ambos da Lei 6.938/81.

Portanto, na **execução da política de desenvolvimento urbano** (art. 182, *caput*, CF, e art. 2º, Lei 10.257/01), o município deve exercer o seu **poder de polícia** e lançar mão da **autoexecutoriedade dos atos administrativos**, a fim de fiscalizar e **efetivamente** controlar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, CF), preservando o meio ambiente (art. 23, VI, e art. 225, *caput*, CF) e conservando o patrimônio público (art. 23, I, CF).

Nesse ponto, vale transcrever trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 303.605/SP, da relatoria do Min. Humberto Gomes de Barros, em que a Prefeitura Municipal de São Paulo se insurgiu contra condenação de regularizar loteamento clandestino construído às margens da Represa de Guarapiranga:

[...] No caso dos autos, o acórdão recorrido concluiu que o caso não é de discricionariedade, ao argumento de que o Município não deveria ter se limitado apenas a aplicar multa, mas ter agido de forma concreta e efetiva para acabar com o parcelamento irregular do solo, assim que tomou conhecimento do ocorrido, tendo em conta que tal fato constituiu uma infração à lei, e neste caso, o ente público teria o poder-dever de agir.

Eis a fundamentação do acórdão neste sentido:

Diz-se que, dada a discricionariedade, nem o exercício do poder de polícia, nem a regularização do loteamento podem ser impostos ao Poder Público.

Não se acolhe a primeira assertiva. Há que distinguir a liberdade de conduta da administração em termos de ação e de reação; se naquela os critérios de conveniência e oportunidade ficam a seu critério, nesta a conduta é obrigatória e vinculada pelo comando legal explícito ou implícito.

Explico. Ao comando genérico de que ao Poder Público cabe cuidar do ensino e da saúde devem corresponder condutas concretas que impliquem em cuidado de tais bens da vida; os detalhes da conduta, o quando e o como, a forma de execução, etc. ficam à discricionariedade da Administração, bastando que sejam condutas voltadas à finalidade buscada e que atendam os demais pressupostos de qualquer ato administrativo. O art. 40 da LF n.º 6.766/79 faculta, mas não obriga, o Poder Público a regularizar loteamentos; cabe ao administrador definir, por critérios de oportunidade e conveniência, se e quando fazê-lo. Cabe-lhe dispor sobre o sistema viário, iniciando ou não a construção de determinada via. São todas formas de ação, que trarão inovação até então inexistente, que implicarão em acréscimo à atividade administrativa e em presumido acréscimo ao bem público. Há reação quando o Poder Público reage a conduta já praticada por seus agentes ou por terceiros. O administrador deve agir em detectando infração à lei ou em cuidando de fatos já ocorridos ou por ocorrer. Deve interditar o imóvel em ruína, deve coibir o uso indevido dos bens públicos, deve embargar a obra feita em desacordo com as posturas municipais. Deve impedir a comercialização de alimentos deteriorados. Deve impedir a prática de crime de que tenha notícia. Não há discricionariedade: sua conduta é obrigatória e decorre do simples fato da infração.

Diz HELY LOPES MEIRELLES em seu “Direito Administrativo Brasileiro”, 24ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1999, pág. 120, que “a discricionariedade, como já vimos, traduz-se na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o Poder de Polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público. Neste particular, e desde que o ato de polícia administrativa se contenha nos limites legais e a autoridade se mantenha na faixa de opção que lhe é atribuída, a discricionariedade é legítima”.

Não há conflito entre tal afirmação (que é correta) e o que foi colocado no item anterior. Dentre as inúmeras atividades passíveis de fiscalização pode o administrador eleger quais, quando e de que forma serão fiscalizadas, reprimindo com maior ou menor intensidade aquelas que no momento lhe parecerem mais relevantes. Um fato deve ser notado: serão condutas de fiscalização para exame e verificação de possíveis infrações, ainda desconhecidas. A opção é um “ante” da possível descoberta da infração. Somente indo aos restaurantes e estabelecimentos comerciais poderão os agentes da autoridade verificar se há, e em que gravidade, alimentos deteriorados sendo comercializados.

Não há tal discricionariedade em relação às condutas já conhecidas, aparentes.

No momento em que o agente descobre o alimento deteriorado a discricionariedade acaba: deve agir, atuando e apreendendo. Assim ocorre com as posturas edilícias e demais infrações aparentes; por dever de ofício deve o fiscal verificar se as edificações estão licenciadas e autorizadas, deve impedir a ocupação das áreas públicas, etc. A conduta é vinculada, expressa ou implicitamente, pela lei. (fl. 550/552).

A Administração não pode ser compelida pelo Poder Judiciário a praticar atos discricionários, onde a conveniência e a oportunidade de praticá-los ficam a seu critério. O V. Acórdão recorrido, no entanto, está correto no entendimento do Tribunal “a quo”, pois o Poder Público ao tomar conhecimento de uma situação que configura ato ilícito à lei, tinha o dever de agir e deveria ter implementado medidas concretas para impedir a formação do loteamento irregular, principalmente, porque a área invadida era de proteção a mananciais hídricos que abastecem a grande São Paulo e alguns Municípios.

Com muita propriedade, o acórdão recorrido afirma que, “a responsabilidade do Município decorre da omissão de seus agentes em reprimir seja o parcelamento do solo, seja o arruamento, sejam as edificações. São infrações evidentes, apuráveis a olho nu, em local em que impossível autorização ter sido concedida: área de mananciais, sujeita a procedimento legal específico e rigoroso.

Como se disse em outros autos: “Embora concebida, especificamente, para o aproveitamento dos atos irregulares praticados pela própria Administração (refere-se ao controle dos atos discricionários pelo Judiciário, em lição de Celso Antônio Bandeira de Mello), essa doutrina também se aplica aos seus comportamentos omissivos. De fato, quando não tenha impedido os atos inválidos de particulares, que devesse evitar, a Administração se põe na mesma contingência de recompor a legalidade, tarefa que deve desempenhar de modo socialmente mais útil, respeitando o princípio da segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e a legítima confiança com que estes encaram as funções estatais [...]”.

De idêntica forma, no julgamento da Apelação Cível 249.316-5/7-00, da Comarca de São Paulo, perante a 7ª Câmara de Direito Público, pontuou o Desembargador Relator Barreto Fonseca que

não está dentro da discricionariedade o deixar ou não que se agrida o meio ambiente e as normas urbanísticas, nem que pessoas, ainda que invasoras de terrenos públicos, vivam sem dignidade, correndo risco de vida a cada chuva mais forte (inciso III do caput do art. 1º, incisos I, III e IV do art. 3º, e caput do art. 5º, todos da Constituição da República).

“A municipalidade tem o dever de evitar a ocupação de imóveis por pessoas carentes e desprotegidas, quando essa ocupação possa ser perigosa para essas pessoas” (parte final do caput e inciso VIII do art. 2º e alínea a do inciso III do art. 3º, em combinação com o parágrafo 2º do art. 15, todos da Lei 6.938/81).

Merece destaque, ainda, decisão proferida nos autos da Apelação Cível n. 735.444/9-00, também da Comarca de São Paulo, em que a 3ª Câmara de Direito Público, sob a relatoria do Desembargador Magalhães Coelho, decidiu:

Não há, aqui, qualquer ofensa à cláusula de Separação de Poderes, por mera pretensa ingerência do Poder Judiciário em matéria afeta à discricionariedade administrativa. É certo que se fala em discricionariedade quando a lei concede ao administrador público uma certa margem de liberdade e apreciação subjetiva para prover os campos de indeterminação normativa, para que se possa atingir o interesse público.

O que importa notar, todavia, é que a existência de uma opção discricionária não torna imune a função administrativa a controle jurisdicional, uma vez que sua atribuição ao administrador público não é um “cheque em branco” que possa ser preenchido com qualquer conteúdo, ainda que ofensivo aos vetores axiológicos do sistema normativo e, notadamente, da Constituição Federal.

O eventual exercício de faculdades discricionárias não dispensa a Administração Pública de respeito à Constituição Federal. Não há, portanto, no poder discricionário uma vontade absolutamente livre do administrador, nem a pretensa imunidade a seu controle.

[...]

Portanto, implementar ou deixar de implementar políticas de saúde pública não é questão afeta à subjetividade do administrador.

Ainda que se reconheça grau de liberdade em suas opções, não pode o administrador furtar-se a cumprir e concretizar políticas públicas erigidas pela Constituição Federal, como na hipótese da saúde pública, em direito subjetivo individual e coletivo da cidadania.

Essa postura do administrador público pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário que é, também, um poder público no sentido de que comprometido com o bem comum – e com a implementação dos valores que formam a base do Estado Democrático e Social de Direito albergado na Constituição Federal. [...]

Não se cuida, admita-se de impor uma pauta axiológica do juiz e sim, os vetores axiológicos da Constituição Federal, dentre os quais se avulta o princípio da dignidade humana e a implementação de políticas como as de saúde pública.

Portanto, desenvolver políticas de assistência educacional, saúde e moradia não é questão afeta à subjetividade do administrador.

Nessa implementação terá espaços de liberdade, de discricionariedade, mas não pode ele, simplesmente, ignorar as diretrizes que lhe são dirigidas pela Constituição Federal. [...]

O que importa, em última análise, é que detectou no local, áreas de alto e muito alto risco de deslizamentos de encostas, por meio de estudo que foi aceito pela Municipalidade, tanto assim que assinou o termo de ajustamento de conduta.

Certo que posta assim a questão, aceito o fundamento fático que embasa a demanda, proceder a intervenções que ponham cabo a essas situações de risco, não é matéria que se insira na competência discricionária da Administração. Antes ao contrário, cuida-se de imperativa competência vinculada de caráter constitucional de fazer valer as normas urbanísticas e fiscalizar o uso e ocupação do solo urbano.

Inexiste, aqui, qualquer espaço para discricionariedade que implica opções igualmente válidas, uma delas a ser eleita pela Administração. Lembre-se que a situação fática – a existência dos apontados riscos –, em momento algum foi contestada pela Municipalidade, antes ao contrário, plenamente aceitas ao assinar o termo de ajustamento de conduta.

Cuida-se, portanto, da Municipalidade dar cumprimento à sua competência constitucional, cuja omissão poderá levar a gravíssimas consequências à população, sujeitando-se os gestores públicos às devidas sanções que a hipótese reclama.

A repressão às ocupações em áreas de risco em nada viola a garantia constitucional do direito à moradia. Com efeito, os municípios, por diversas razões, exercem atração sobre determinado contingente populacional em busca de trabalho e prosperidade, o que, por vezes, provoca adensamento populacional com a ocupação desordenada de seu território, mediante construções irregulares e clandestinas, as quais, em sua maioria, formaram-se nos espaços impróprios para a construção ou de modo inadequado.

Os municípios, embora não possam impedir esse afluxo de pessoas, por imperativo constitucional que garante o **direito de ir, vir e ficar** (art. 5º, XV, CF), ao deixar de atuar na correção das ocupações em áreas de risco, renunciam a uma política habitacional para assentar essa massa migratória, optando por não controlar e regular ocupação do solo urbano, em detrimento dos direitos dos cidadãos.

A proteção à **vida** foi alçada na garantia constitucional (art. 5º, *caput*, CF), em cujo conceito se incluem o direito à **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, CF), à **integridade físico-corporal e moral** e o **direito à existência**.

A **saúde, moradia, segurança** e a **assistência aos desamparados**, por igual, têm estatura constitucional enquanto **direitos sociais** (art. 6º, *caput*, CF).

Os direitos à **moradia** e **saneamento básico** também têm envergadura constitucional, no rol das competências materiais da União, estados e municípios, para a promoção de “programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 23, IX, CF).

A proteção do patrimônio também tem guarida constitucional, enquanto direito de **propriedade** (art. 5º, XXII, CF).

Como se vê, as famílias que ocupam tal área têm direito a condições dignas de moradia, higiene, segurança, saúde e saneamento básico (art. 8º, VI, VIII e XVI, Lei 12.608/12). O **município**, que as recebe sem restrições, tem o dever de lhes garantir qualidade de vida e bem-estar em habitações salubres.

A omissão do **Prefeito Municipal** e dos **respectivos agentes municipais** em promover o necessário para afastar o risco (vida, saúde, propriedade etc.) para os moradores de sua base territorial pode caracterizar, em tese, o **crime** previsto no **art. 319 do Código Penal** e **ato de improbidade administrativa**, conforme o **art. 11, caput e IV, da Lei 8.429/92**, por se tratar de inércia na prática (oficiosa) de ato administrativo vinculado. Tais atos caracterizam, em tese, afronta aos princípios que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*, CF).

Ademais, não se pode esquecer da possibilidade de caracterização, ao menos em tese, de **crimes omissivos por comissão** (art. 121, art. 129, art. 256 etc., CP) no caso de eventual desastre natural, deslizamento de terra e desmoronamento, considerando o dever legal de evitar o resultado e a prévia ciência inequívoca dos agentes públicos responsáveis acerca das medidas preventivas a serem adotadas, ao menos, para a minimização dos riscos (art. 13, § 2º, *a*, CP) no caso das áreas devidamente mapeadas, conforme obrigação legal.

Por esses mesmos argumentos é que a tese dos municípios, ao invocarem o chamado “princípio da razoabilidade” e “reserva do possível”, não merece qualquer aplicação na matéria ora em análise, em que se está em jogo a integridade física dos ocupantes da área e a defesa da saúde pública, já tendo o Colendo Superior Tribunal de Justiça afastado a incidência da “teoria da reserva do possível” nesses temas, pontuando:

A tese da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) assenta-se na idéia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (impossibilium nulla obligatio est). Por tal motivo, não se considera a insuficiência de recursos orçamentários como mera falácia. Todavia, observa-se que a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bem escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Essa escassez, muitas vezes, é resultado de escolha, de decisão: quando não há recursos suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de outra que não foi contemplada. Por esse motivo, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação de direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preterir-la, visto que não é opção do governante, não é resultado do juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial. [...] a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a

tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. Dessarte, no caso dos autos, em que não há essa demonstração, impõe-se negar provimento ao especial do município (Recurso Especial 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 20/04/2010).

Com o presente estudo, portanto, acreditamos ter contribuído com a análise da responsabilidade do município não só no mapeamento, mas também no congelamento e adoção de medidas concretas e eficazes no enfrentamento das ocupações em áreas de risco, evitando que centenas de vidas sejam ceifadas em decorrência de omissões administrativas.

Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública*. São Paulo, Atlas, 2000.