

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA E DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA

CONTROLE JURISDICIONAL DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO URBANÍSTICA
(Um Estudo sobre a Omissão da Fiscalização das Ocupações e Construções)

Niterói
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA

CONTROLE JURISDICIONAL DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO URBANÍSTICA
(Um Estudo sobre a Omissão da Fiscalização das Ocupações e Construções)

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense para obtenção do título de Mestre. Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça e Crítica das Instituições Político-Jurídicas.

Orientador: Prof. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva

Niterói
2009

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA

CONTROLE JURISDICIONAL DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO URBANÍSTICA

(Um Estudo sobre a Omissão da Fiscalização das Ocupações e Construções)

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense para obtenção do título de Mestre. Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça e Crítica das Instituições Político-Jurídicas.

Data de aprovação: 21/12/2009

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva
Presidente e Orientador
Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen
Universidade Federal Fluminense

Esta dissertação é dedicada a todos os Professores do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, que me ensinaram a dar os primeiros passos de Mestre e aos meus colegas de Magistratura que me subvencionaram ensinamentos constantes das obras que publicaram, incorporadas ao presente texto.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me iluminar e me fazer merecedor de mais este grau.

Ao meu pai, magistrado Sócrates Vieira, sempre presente em espírito, desde minha formatura. À minha mãe Ady Santos Vieira, pelo seu amor, carinho e constante preocupação comigo.

Aos meus filhos, advogado Marcos Túlio Ferreira Santos Vieira e acadêmico Márcio Túlio de Oliveira Santos Vieira, pelo apoio que recebi e à minha irmã, servidora da justiça Maria Regina Santos Vieira, pelo seu incentivo.

À minha companheira, serventúria de justiça Eliane Nunes da Conceição, pela sua dedicação, incentivo, por muito me ouvir e assessorar nos trabalhos do curso.

Ao meu orientador, Prof. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, pelo seu incentivo, conselhos, transmissão de conhecimentos com que sabiamente orientou meu percurso neste trabalho.

Ao Prof. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti pela gentileza em aceitar o convite para compor a Banca, vindo da Universidade Federal de Pernambuco.

Ao Prof. Gilvan Luiz Hansen, também integrante da Banca, pelo seu incomparável incentivo e entusiasmo, durante os três semestres que me ensinou.

Ao Prof. Wilson Madeira Filho, Coordenador do PPGSD da UFF, pelo seu incentivo e colaboração, desde a sua participação como membro da Banca de Qualificação do projeto.

Aos meus colegas de mestrado, magistrados Fábio de Souza Silva e Carlos Frederico Maroja de Medeiros, que me apoiaram e me incentivaram, com palavras e atos durante o curso.

A atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justificando sua presença senão para prestar serviços à coletividade (Hely Lopes Meirelles, transcrevendo preleção de Léon Duguit, in *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, 1923, p. 71, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 319)

RESUMO

A autonomia político-administrativa outorgada pela Constituição Federal ao Município o encarregou – dentre outros serviços e funções – de promover o ordenamento territorial, de executar a política de desenvolvimento das cidades para garantir o bem-estar dos seus habitantes e de defender e preservar o meio ambiente urbano. Portanto, tornou-se responsável pelo dever de fiscalizar o que ocorre na sua circunscrição territorial, em troca dos tributos que arrecada. Os atos de fiscalização ou de polícia administrativa são auto-executáveis. A Administração Pública não precisa se socorrer da Justiça Administrativa para atuar, exigindo-se apenas que os atos administrativos sejam expedidos pela autoridade competente, nos limites da lei aplicável. Quando ela se omite no exercício de atividade vinculada à lei, o Poder Público viola os princípios da legalidade e da eficiência, caracterizando a má prestação do serviço público. No caso da omissão do dever de fiscalizar as ocupações e construções, o comportamento do Município é responsável pela desordem urbanística e formação da cidade ilegítima, autorizando o controle jurisdicional dos atos administrativos através das ações adequadas, para compelir o ente público a corrigir os seus efeitos.

Palavras-chave: Poder de polícia. Omissão da fiscalização das ocupações e construções. Má prestação do serviço público. Controle jurisdicional dos atos administrativos.

RÉSUMÉ

L'autonomie politique-administrative octroyée par la Constitution Federale à la Municipalité l'a chargée – parmi d'autres services et fonctions – celui de promouvoir l'ordonnance territoriale, exécuter la politique de développement des villes pour garantir le bien-être des habitants, défendre et préserver l'environnement urbain. Donc, elle est devenu responsable pour le devoir de surveiller ce qui se passe dans la circonscription territoriale, en échange des tributs reçus. Les actes d'inspection ou de police administrative sont auto-exécutables. L'Administration Publique n'a pas besoin de l'aide de la Justice Administrative pour agir, requérant seulement que les actes administratifs soient emis par l'autorité compétente, dans les limites de la loi applicable. Lorsqu'elle s'omet dans le exercice d'activité liée à la loi, le Pouvoir Public offense les principes de la légalité et de l'efficacité, qui caractérise la mauvaise prestation d'un service public. Dans le cas de l'omission du devoir de surveiller les occupations et constructions, le comportement de la Municipalité est responsable du désordre urbanistique et formation de la ville illégitime, qui autorise le contrôle juridictionnel des actes administratifs par les actions convenables, pour contraindre l'organisme public à corriger leurs effets.

Mots-clé: Pouvoir de police. Omission de la surveillance des occupations et constructions. Prestation du mauvais service public. Contrôle juridictionnel des actes administratifs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – A estruturação do Estado e a autonomia do Município.....	12
CAPÍTULO II – Os poderes da Administração Pública.....	19
CAPÍTULO III – O poder-dever de fiscalizar as ocupações e construções.....	21
CAPÍTULO IV – As causas da omissão do dever de fiscalização.....	29
CAPÍTULO V – A omissão da fiscalização como causa da desordem urbanística.....	32
CAPÍTULO VI – O dever da Administração Pública de corrigir a omissão.....	37
CAPÍTULO VII – Controle jurisdicional da Administração Pública.....	44
VII. 1 - O Acesso à jurisdição como garantia do administrado.....	44
VII. 2 - A justiça administrativa (contencioso judicial administrativo).....	49
VII. 3 – O Controle jurisdicional do dever de fiscalização urbanística.....	62
CAPÍTULO VIII – Meios de controle e tutela jurisdicional.....	66
VIII. 1 - Ação de prestação de fazer.....	67
VIII. 2 - Ação de indenização	68
VIII. 3 - Ação popular.....	69
VIII. 4 - Ação civil pública	72
CAPÍTULO IX – Efetivação da tutela jurisdicional.....	80
IX. 1-A resistência por omissão	80
IX. 2-A ausência de legislação específica do contencioso judicial administrativo.....	82
IX. 3-A morosidade da efetivação da decisão condenatória.....	87
CAPÍTULO X – Crítica à omissão do dever de fiscalização.....	91
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	101

INTRODUÇÃO

A dissertação ora apresentada tem início com breve estudo sobre a estruturação do Estado, como um dos consectários da modernidade e a autonomia do Município, os poderes da Administração Pública, dentre eles o de polícia administrativa, investigando-se a natureza dessa atividade, se é discricionária ou vinculada. Em seguida aborda-se a fiscalização das ocupações e construções como poder-dever do Poder Público municipal e a espécie de interesse que se protege na fiscalização urbanística das edificações. Prossegue-se com estudo acerca da omissão da fiscalização como causa da desordem urbanística e do dever da Administração Pública de corrigir a omissão. Analisa-se o controle jurisdicional da Administração Pública, iniciando-se com anotações sobre o histórico do acesso à justiça, realçando-se a jurisdição administrativa e o controle do dever de fiscalização urbanística. Em seguida, enfatiza-se o efetivo controle jurisdicional, através dos meios próprios de tutela judicial, o cumprimento das decisões judiciais, a resistência por omissão, a ausência de legislação específica do contencioso judicial administrativo e a morosidade da efetivação da decisão condenatória de prestação de fazer. Conclui-se apresentando crítica à omissão do dever de fiscalização.

O cerne da dissertação é a omissão do dever de fiscalizar as ocupações e construções e seus reflexos no Poder Judiciário, com o controle jurisdicional da Administração Pública. No seu desenvolvimento, procura-se investigar: a) as causas da omissão da fiscalização das ocupações e construções; b) se os atos da Administração Pública, decorrentes do exercício do poder de polícia, dispõem de auto-executoriedade para reprimir as ocupações e construções irregulares; c) quais os interesses protegidos por ocasião do controle jurisdicional; d) quando a intervenção judicial se faz necessária em socorro da ordem jurídica urbanística.

Procedida à crítica ao exercício do poder de polícia, é apresentada proposta de contribuição para a melhoria das relações entre a Administração Pública municipal, a coletividade e os administrados, no que tange à preservação e manutenção da ordem urbanística.

A dissertação conta com esta Introdução, dez capítulos, vale dizer, nove correspondentes aos temas mencionados, um referente à Crítica à Omissão do Dever de Fiscalização e Considerações Finais.

O estudo realizado não tem a pretensão de prescrever solução para corrigir a omissão da fiscalização das ocupações e construções pelo Município. Tenta-se buscar uma melhoria nas relações entre a Administração Pública municipal, a coletividade e os administrados atingidos pela omissão do dever de fiscalização urbanística, procurando demonstrar às autoridades municipais os efeitos negativos desse comportamento, a ser modificado para se atingir o bem-estar dos munícipes.

CAPÍTULO I – A ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO E A AUTONOMIA DO MUNICÍPIO

A modernidade é responsável pela estruturação do Estado, um dos seus consectários. Apesar de não se poder afirmar que o marco inicial da modernidade é a Revolução Francesa cumpre ressaltar a relevância desse fato social, que pôs fim ao Antigo Regime.¹ Entendimento corolário de estudo impregnado de registros históricos assevera que a modernidade é proveniente de fatos sociais que precederam a Revolução Francesa. Sem estabelecer fato social relevante, ela teria início por ocasião das mudanças de estilo, hábito renovado de vida e de organização social ocorridas na Europa, no século XVII, que se espargiram pelo mundo.² Perfilhando como marco inicial fatos sociais anteriores à Revolução Francesa, o Movimento Iluminista e a Revolução Industrial dariam origem à modernidade.³

Segundo a unanimidade dos cientistas sociais, afirma-se correto dizer que o maior efeito da modernidade é o fato dela trazer em si um projeto civilizatório, diverso do Antigo Regime, pautando-se pela compreensão do mundo e por grandes mudanças, inclusive do conceito de revolução. De fato, há um rompimento com o período em que o aproveitamento dos benefícios se dava em prol de alguns grupos sociais, já que o indivíduo era visto como mero integrante da coletividade, destituído do direito de atuar por si. E isto se deve às mudanças provenientes da Grande Revolução.⁴

¹ Krishan Kumar entende que “a Revolução Francesa tornou-se comum dizer, levava o mundo para uma nova era da história. Marcou o nascimento da modernidade – isto é, de uma época que está em constante formação e re formação diante de nossos olhos” (*Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna*, p.119).

² Anthony Giddens prefere conceituar a modernidade sem aludir ao seu marco inicial, com esteio em Weber, afirmando que se cogita de um “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (*As Conseqüências da Modernidade*, p.11).

³ Zygmunt Bauman afirma: “Quanto tempo tem a modernidade é uma questão discutível. Não há acordo sobre datas nem consenso sobre o que deve ser datado. Quero deixar claro desde o início que chamo de ‘modernidade’ um período histórico que começou na Europa Ocidental no século XVII com uma série de transformações sócio-estruturais e intelectuais profundas e atingiu sua maturidade primeiramente como projeto cultural, com avanço do Iluminismo e depois como forma de vida socialmente consumada, com o desenvolvimento da sociedade industrial (capitalista e, mais tarde, também a comunista)”, *in Modernidade e Ambivalência*, p.p.11, 299 e 300.

⁴ Paulo Bonavides, há 50 anos, já afirmava que “nós vivemos e viveremos sempre da Revolução Francesa, do verbo de seus tribunos, do pensamento de seus filósofos, cujas teses, princípios, idéias e valores jamais pereceram e constantemente se renovam, porquanto conjugam, inarredáveis, duas legitimidades, duas vontades soberanas: a do Povo e a da Nação. Aquela Revolução prossegue, assim, até chegar aos nossos dias, com o Estado social cristalizado nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. Uma vez universalizados e concretizados, não eles de compor a suma política de todos os processos de libertação do Homem” (*Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 36).

Antes da modernidade o Estado impunha normas jurídicas que integravam um sistema onde a maioria dos indivíduos era mantida na “menoridade”, em arremedo de incapacidade relativa. Eles dependiam de “tutores” para atuar. Frequentemente ocorriam violações dos direitos humanos. Daí porque ao reverso do que imperava na época que a antecedeu, a modernidade perfilhou os princípios da universalidade, da individualidade e da autonomia. Além disso, a modernidade caracteriza-se pela valorização da razão, com uma dimensão cognitiva prática, na expressão kantiana, e emancipatória, além do desenvolvimento da autonomia e da liberdade.⁵

No avanço do tempo, sem discutir se ocorreu o termo final ou resolutivo da modernidade, exsurge a “pós-modernidade”, designação popularizada nos meandros das ciências sociais por Jean-François Lyotard, por ocasião da edição da obra “*The Post-Modern Condition*”, em 1979. Trata-se de uma era correspondente ao espaço de tempo posterior à era da modernidade – compreendida entre um pouco mais da segunda metade do século XX e a atualidade – que em velocidade empreendida muito acima do razoável caminha rumo à busca do novo, contribuindo ainda mais para a modificação do comportamento social. Para ele, citado por Anthony Giddens, a pós-modernidade se traduz numa época de “*deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia, e da fé no progresso planejado humanamente*” (*As Conseqüências da Modernidade, p. 12*).

A pós-modernidade é um novo tempo, sucessor da modernidade, no entendimento de respeitáveis pensadores. A partir daí, afirmam ainda os cientistas sociais, identifica-se uma crise da razão moderna, com conseqüências negativas que atingiram o final do século XX e atingem o século XXI. Levando em conta o significado do prefixo “pós”, a era da pós-modernidade pode ser considerada, também, como o período *post mortem* da modernidade, ou seja, uma época posterior ao decesso da modernidade. Consoante Krishan Kumar, a pós-modernidade pode ser entendida como a época das “*exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecação de um cadáver*” (*ob. cit., p. 106*). Ou, ainda, de acordo com Gilvan

⁵ Gilvan Luiz Hansen anota que “a Razão é, de fato, o elemento comum a todos os seres humanos e, por isso, assume a condição de fundamento a partir do qual o mundo deve ser organizado. É ela quem deve, a partir de agora, dar unidade e sentido a todas as esferas que compõem a existência humana. Tudo quanto pretenda ter legitimidade para existir necessita, pois, de submeter-se ao crivo da Razão. Na esfera política, destarte, somente é considerado legítimo o governo que basear suas decisões em argumentos racionais, os quais possam ser conhecidos e discutidos pelos membros da sociedade e aceitos como válidos. Igualmente, só têm validade as leis e normas jurídicas fundadas em critérios racionais e que possam ser submetidos ao domínio público; as constituições passam a ser, nesse período, uma exigência social, uma vez que se tornam a consagração de princípios racionais cujos conteúdos vão nortear as ações de governos, magistrados e demais indivíduos” (*Modernidade, Utopia e Trabalho, p. 37*).

Hansen “*a amarga despedida de um defunto que criou muitas expectativas, mas sucumbiu aos efeitos de suas próprias ilusões*” (*ob. cit.*, p. 140).

Na fase de transição entre a modernidade e a pós-modernidade, com a paradoxal ruptura e prolongamento da primeira, na originalidade da segunda, ocorre modificação do comportamento humano, com a quebra dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. Gilles Lipovetsky afirma que nesse período há “*predominância do individual sobre o universal, do psicológico sobre o ideológico, da comunicação sobre a politização, da diversidade sobre a homogeneidade, do permissivo sobre o coercitivo*” (*A Era do Vazio – ensaio sobre o individualismo contemporâneo*, p. 92). Também é dele a assertiva de que a pós-modernidade chegou ao seu termo resolutivo, fazendo eclodir a hipermodernidade, onde “*nasce toda uma cultura hedonista e psicologista que incita à satisfação imediata das necessidades*”, bem diferente dos valores da modernidade (*Os Tempos Hipermodernos*, p. 61). Trata-se de uma época caracterizada pelo “presentismo”, diversa da modernidade, propícia à eclosão de conflitos, alguns deles envolvendo Administração Pública e o administrado, objeto do estudo que ora se faz.

Certo afirmar, conseqüentemente, que não mais se vive em tempos da modernidade e sim numa época que lhe é após, ou seja do “fim da história”, da “pós-modernidade”, da “segunda modernidade”, da “sobremodernidade”, da “modernidade líquida” ou dos “tempos líquidos”, nas designações de Zygmund Bauman, onde se infere que “*uma mudança radical no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida é hoje levada, é o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade do movimento chegou ao seu limite natural*” (*Modernidade Líquida*, p.p. 17-18).⁶ Essa velocidade desenfreada, que trouxe mudanças de comportamento na “política-vida”, com diz Bauman, é responsável pela sobredita eclosão dos conflitos entre o ente federado e o indivíduo participativo.

Retornando ao tempo da modernidade, é forçoso enfatizar que entre 1789 e 1799 a França viveu os efeitos de profundas mudanças na sua estrutura econômica, política e social. Essas mudanças se disseminaram não só pelos países europeus como por todos os demais, sendo por eles absorvidas, aí se incluindo o Brasil. Anos após ditas mudanças foi proclamada a Independência, que garantiu ao Brasil a autonomia de Portugal. Em seguida restou promulgada a Constituição Imperial de 1824, estruturando-o em Províncias e atribuindo competência aos quatro Poderes, privilegiando o Moderador.

⁶ O autor, ao discorrer sobre a ‘vida líquido-moderna e seus medos’, referindo-se à época da pós-modernidade, anota que “o ‘progresso’, que já foi a manifestação mais extrema do otimismo radical e uma promessa de felicidade universalmente compartilhada e permanente, se afastou totalmente em direção ao pólo oposto, distópico e fatalista da antecipação: ele agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que haja um momento de descanso” (*Tempos Líquidos*, p. 16).

A estruturação do Estado, ainda que rudimentar, surge como uma das mais importantes mudanças, ou seja, um dos principais consectários da modernidade, como mencionado. Mesmo organizado como imperial é admitido como governo de leis. Consagrada a divisão dos poderes já se vislumbra o Estado voltado para os indivíduos participativos, que podem agora contar com a legitimidade do Poder Legislativo para fazer das normas de conduta um dever de respeito, obediência e submissão ao que devem ou podem fazer; do Poder Executivo para, com supedâneo em normas legais e regulamentares, dedicar-se à Administração Pública e com o funcionamento do Poder Judiciário, para solucionar os conflitos emergentes das relações e dos fatos jurídicos. O Município ainda não é estruturado.

A Proclamação da República inspirou a promulgação da Constituição de 1891, que convolvando as Províncias em Estados e o Município neutro em Distrito Federal, reconheceu como Poderes da soberania nacional, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (arts. 2º e 15). A Constituição Federal de 1934 fez parcimoniosa previsão de autonomia do Município. Mas a aquisição dessa autonomia só se verificava quando o Território, onde ele se situava, era por lei erigido em Estado (art. 16 § 2º).

As Constituições Federais de 1937, 1946 e 1967, sequer se referiram à autonomia do ente municipal, reconhecendo apenas o poder de tributar do Município. A Constituição de 1937 consagrou o Estado Federado, formado pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 3º). A Constituição de 1946 manteve a Federação, com a denominação de República, adotando a mesma união indissolúvel sem incluir o Município, concedendo-lhe, contudo, autonomia administrativa, política e tributária, exceto quando localizado em área considerada de segurança nacional (arts 1º § 1º e 28). A Constituição de 1967 reproduziu a mesma estrutura (arts. 1º e 16), mantida pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969 (arts. 1º e 15).

A Carta Federal de 1988, além de incluir o Município como entidade integrante da República Federativa, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal, ao tratar da organização político-administrativa do Estado e autorizar a edição de lei orgânica, a ele outorgou a mais completa autonomia (arts. 1º, 18 e 29).

A prerrogativa de poder editar sua lei orgânica, leis ordinárias e decretos imprescindíveis à sua organização, eleger através do voto dos munícipes o Prefeito, o Vice-prefeito e os Vereadores, com independência do Estado onde se situa e da União, além de exercer a plena administração, dentro da sua competência, revela uma autonomia jamais vista nas Constituições anteriores. De acordo com o exame das Constituições passadas, a outorga

ao Município de parcelas dos poderes administrativos do Poder Executivo pela Lei Fundamental de 1988 aclama posição de ente federativo equiparado ao Estado-membro.⁷

A autonomia administrativa conferida ao Município brasileiro não é encontrada em Federações de Estados soberanos. O que se vê na estrutura organizacional alienígena é o Município delimitado no espaço dos Estados-membros, quando existentes, sem desfrutar de autonomia administrativa, política ou tributária. O Município brasileiro desfruta de uma situação *sui generis*.

Todavia, a delegação de poderes administrativos ao Município não é gratuita. Muito ao revés é onerosa, uma vez que tem por fim desafogar a União e os Estados do exercício de alguns dos seus poderes e funções. A outorga de poderes e funções ao Município, encarregando-o de dar cumprimento a deveres que dizem respeito à sua condição de ente federado tem outro fundamento: estar mais perto da coletividade, onde os fatos políticos, sociais e jurídicos ocorrem, desafiando sua pronta e eficaz atuação.

Por estar mais próximo dos indivíduos participativos e ostentando uma autonomia que inexistia antes da promulgação da Constituição Federal vigente, o Município assume maior responsabilidade na prestação do serviço público. Isto se deve ao princípio da subsidiariedade. Repartida a competência para exercer as atividades típicas do Estado, não há como fugir do dever de fiscalizar o que ocorre na sua circunscrição territorial, máxime no caso das ocupações e construções. Dentre as atribuições que lhe foram conferidas pela Lei Maior há que resolver os conflitos urbanísticos, sem incomodar os entes federativos de maior hierarquia, exceto quando eles ultrapassam seus limites territoriais ou envolvem matérias de atribuições concorrentes.⁸ Do contrário, a autonomia administrativa que lhe foi deferida merece ser cassada.

⁷ Paulo Bonavides destaca: “Nunca esteve o município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade de poder – o chamado *pouvoir municipal* – almejado por numerosa parcela de publicistas liberais dos séculos XVIII e XIX, quanto na Constituição brasileira de 1988” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 347).

⁸ Silvia Faber Torres, ao tratar do “conceito moderno de subsidiariedade”, enfatiza que “é pois, em sua formulação contemporânea um princípio de divisão de competências e de cooperação, que procura definir os domínios próprios dos indivíduos, dos grupos intermediários e do Estado, exigindo que se atribuam as responsabilidades públicas às autoridades mais próximas dos cidadãos, que se encontram em condições de exercê-las de forma mais eficiente. E tem, diga-se ainda, por elemento primordial, a descentralização, porquanto seu objetivo é justamente coibir a atribuição à autoridade centralizada de tarefas que a entidade menor pode realizar por si mesma” (*O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*, p. 35).

O ente federativo ficou vinculado a prestar serviço público eficiente, na recomendação do art. 37, da Constituição da República, dirigido a todas as pessoas jurídicas de direito público da Administração direta. Desfrutando de autonomia, o Chefe do Executivo, seu maior representante, sanciona leis, expede decretos, arrecada tributos, governa e administra. O seu comportamento deve se direcionar à estruturação e ao desenvolvimento do Município, de modo a atingir o bem-estar dos administrados, bem exercendo o mandato que lhe foi outorgado pelos munícipes, de acordo com a Carta Política.

Ao ficar encarregado de ordenar o pleno desenvolvimento urbano, de maneira que a cidade que administra consiga atingir suas funções sociais e garantir o bem-estar dos seus habitantes, *ex vi* do art. 182, da Carta Federal, o Município assume arremedo de obrigação de fazer do direito privado. Fiscalizando e intervindo sempre que necessário para impedir a desordem urbanística, no que atine às ocupações e construções, controlando todos os passos dos loteadores, incorporadores e construtores que dão início a obras sem licença, para depois legalizá-las, exerce a polícia administrativa – que é função típica de pessoa jurídica de direito público – e cumpre seu dever legal. O comportamento do Poder Público municipal, no estudo ora realizado, há de ser sempre comissivo. A omissão acarreta a desordem urbanística que termina por autorizar o controle jurisdicional.

A acelerada urbanização que vem ocorrendo nos últimos anos – fenômeno de elevação do número de habitantes nas cidades, em cotejo com o número dos que habitam a região rural – exige do Município profundo e metucioso planejamento urbanístico, notadamente no que concerne à ordenação dos espaços habitáveis. Sem isso não é possível alcançar o desenvolvimento da cidade, preconizado pela Lei Maior, uma vez que a urbanização, por si só, traz multifárias conseqüências sócio-econômicas, fato que impõe ao Poder Público local permanente intervenção para reduzir ou eliminar as que se apresentam contrárias ao interesse coletivo.

O planejamento urbanístico é essencial para se atingir os fins anunciados na Carta Maior. Levando em conta que a Administração Pública local deve contar com a receita dos impostos elencados no art. 156 e com os recursos do Fundo de Participação a que se refere o art. 159, I, b, ambos da Carta Federal, não pode deixar de ter em mente os objetivos que pretende alcançar com sua atividade, além de identificar as prioridades da população local. No planejamento geral estão incluídos os que se referem: a) ao ordenamento do solo para disciplinar os espaços que podem ser habitados; b) às edificações, para se verificar se as construções se apresentam em conformidade com as normas edilícias constantes dos diplomas legais e regulamentares; c) à defesa e preservação do meio ambiente urbano. O planejamento

é o ponto central de toda atividade urbanística desenvolvida pelo Poder Público, que está autorizado por lei a intervir na propriedade privada para fiscalizar as ocupações e construções.

A atividade urbanística é função pública desenvolvida pelo Município, voltada para os fins ressaltados. Cogitando-se de atividade pública exercida no interesse público por pessoa jurídica de direito público, rege-se pela supremacia desse mesmo interesse sobre o interesse privado. Ditos interesses podem entrar em conflito. No embate prevalece o interesse da coletividade. De qualquer forma, os conflitos de interesse urbanístico são solucionados pela lei.⁹ Somando a fiscalização permanente das ocupações e construções com o planejamento urbanístico o Município toma o rumo certo.

⁹ José Afonso da Silva, sobre o tema, anota que “a composição desses conflitos de interesse urbanístico é função da lei, e na medida em que a atividade urbanística se faz mais necessária e intensa vão surgindo normas jurídicas para regulá-la e fundamentar a intervenção no domínio privado. Essas normas, que agora recebem sistematização e unidade com a promulgação do *Estatuto da Cidade*, instituído pela Lei 10.257, de 10.7.2001, é que, em seu conjunto, constituem o que a teoria jurídica denomina de ‘direito urbanístico’, em seu sentido objetivo” (*Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 35).

CAPÍTULO II – OS PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os Poderes políticos e orgânicos, isto é, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, além de exercerem suas funções predominantes, também exercem funções administrativas. Desta forma, para atender às necessidades coletivas, prestando serviços e desempenhando suas atividades, urge dotá-los de poderes administrativos ou instrumentais. Estes poderes propiciam o desenvolvimento da administração, conferem ordem e comando da coletividade, impondo autoridade para que os administrados respeitem os limites dos seus interesses individuais.

Já os poderes administrativos são exercidos para gerir a máquina estatal, após sua hierarquização. Objetivam garantir a prestação dos serviços inerentes à boa administração, no interesse público. Nascem com a Administração Pública e são imprescindíveis para prática, ordenamento e efetivação dos atos administrativos, prestando-se a infligir sanções àqueles que violam as normas legais e regulamentares. Têm finalidade normativa e de limitação de direitos individuais. São inerentes a todos os entes públicos.

O exercício dos poderes próprios da Administração Pública local, como ressaltado, é o corolário do elevado *status* de ente público conferido ao Município. Dentre os poderes administrativos que lhe foram confiados, em decorrência dessa autonomia, exerce o poder de polícia. Também chamado de polícia administrativa ou poder de fiscalização, é conferido à Administração Pública para condicionar, restringir e controlar a utilização de bens, o exercício de atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Por se cogitar de exercício que importa na assunção de um comportamento positivo, diz-se que é um poder-dever da Administração Pública.

Dentre suas características, destacam-se as que se referem à coercitividade e à auto-executoriedade. A coercitividade consiste no atributo de poder, dentre outras providências, proscrever atividades, interditar estabelecimentos e impor penalidades. A auto-executoriedade é o atributo de poder agir pronta e independentemente da atuação do Poder Judiciário.¹⁰

¹⁰ Hely Lopes Meirelles registra: “O ato ilegal do particular que constrói sem licença rende ensejo a que a Administração use o poder de polícia que lhe é reconhecido, para embargar, imediata e sumariamente, o prosseguimento da obra e efetivar a demolição do que estiver irregular, com seus próprios meios, sem necessidade de um procedimento formal anterior, porque não há licença ou alvará a ser invalidado. Basta a constatação da clandestinidade da construção pelo *auto de infração*, para o imediato embargo e ordem de demolição” (*Direito de Construir*; p. 220).

A auto-executoriedade imprescinde de norma legal que autorize a pronta atuação da Administração Pública, dentro dos seus limites, e haja urgência da providência, em regra para coibir comportamentos desconformes do administrado, em prejuízo do interesse público.¹¹

A natureza desse poder-dever mereceu vasto estudo dos doutrinadores e entendimentos diferenciados. Uma corrente entende que o poder de polícia é discricionário, daí porque não é dado ao Poder Judiciário interferir no seu exercício; outra sustenta que ele é vinculado, tendo em vista que existindo imperativo legal de atuação, em se verificando a situação prevista, não resta opção para a Administração Pública a não ser agir consoante estabelecido na norma jurídica.

Imbuído de interesse político, surgindo controvérsia a respeito do dever de fiscalizar, o Município se filia à corrente que considera o poder-dever como discricionário para justificar o livre exercício da fiscalização das ocupações e construções, atuando quando lhe convém. A sustentação da natureza discricionária do poder-dever, como se verá adiante, merece reflexão diante da corrente que porfia pelo reconhecimento da natureza vinculada desse poder à lei, ou seja, à Carta da República (art. 37) e ao Código Tributário Nacional (art. 78), que impõem a todos os entes integrantes da Administração Pública respeito ao princípio da eficiência e a permanente assunção de um comportamento positivo, quando se trata de empreender atos de vigilância. No poder-dever de fiscalizar o que ocorre dentro da sua circunscrição territorial, situa-se a fiscalização permanente das ocupações e construções em áreas urbanas.

O ponto central para identificação da natureza do poder-dever do Município de fiscalizar ocupações e construções é saber se há possibilidade do agente público atuar de uma forma ou de outra. Constatada a ocupação e erigida construção irregular resta investigar se o Poder Público pode assumir comportamento diverso do positivo, considerando que na prestação do serviço público, próprio da administração direta, o objetivo é atender ao interesse coletivo. Se há opção de atuação na forma e modo, o poder-dever é discricionário; se não há, é vinculado.

¹¹ José dos Santos Carvalho Filho anota que “a auto-executoriedade não deve constituir objeto de abuso de poder, de modo que deverá a prerrogativa compatibilizar-se com o princípio do devido processo legal para o fim de ser a Administração obrigada a respeitar as normas legais”. Com fulcro em preleção de Celso Antônio Bandeira de Mello enumera três hipóteses em que a auto-executoriedade é possível: “1ª) quando a lei autoriza; 2ª) quando for urgente a providência administrativa; e 3ª) quando houver outra via idônea para resguardar o interesse público ameaçado ou ofendido (Curso, p. 366)”, *in Manual de Direito Administrativo*, p. 71.

CAPÍTULO III – O PODER-DEVER DE FISCALIZAR OCUPAÇÕES E CONSTRUÇÕES

À Administração Pública compete exercer o poder-dever de fiscalizar as ocupações e construções, não se olvidando de que independentemente do acesso à justiça, que lhe é facultado para reprimir a desordem urbana, desfruta do *jus imperii*, dentro da legalidade que deve pautar os atos que expede. Pode dar execução aos atos administrativos necessários à manutenção da ordem jurídica, como ente federativo integrante do Estado Democrático de Direito referido no art. 1º, da Carta Federal.

Atentos ao pronto e retilíneo exercício dos poderes administrativos, em resposta à autonomia do Município, os administrados aguardam a atuação do ente federativo, fiscalizando e procedendo às remoções de pessoas e demolições de construções irregulares. A par disso é facultado àquele que se sente prejudicado acessar à justiça, com o fito de obter a cessação dos consectários da omissão. Nem sempre o Município atua, surgindo o conflito entre munícipes e Administração Pública.

O dia a dia demonstra, sendo freqüentemente noticiado, o aumento desordenado de ocupações e construções irregulares, à proporção que o número de habitantes do Município se eleva. Segundo o noticiário, a população se mostra assaz insatisfeita com a leniência municipal. As notícias são divulgadas com ênfase às conseqüências da omissão, como que clamando pronta providência da Administração Pública, mesmo depois do assentamento dos que ocupam áreas urbanas e construíram irregularmente.

A Administração Pública é convolada em refém dos que ocupam e constroem irregularmente. Os munícipes que erigem construções simples ou de porte, mas irregulares, passam de ofensores a ofendidos, toda vez que o ente municipal ameaça demolí-las. O interesse público na preservação e manutenção da ordem urbanística, após isso, situa-se em segundo plano. Forma-se o dilema. De um lado os que construíram barracos, casas, lojas ou prédios – não se importando se estão em desacordo com as normas legais e regulamentares – querem preservar o que está feito; do outro, a coletividade e os atingidos que assistiram à chegada dos ocupantes e ao levantamento das construções – sem que possam tomar qualquer iniciativa – querem sua remoção, com a conseqüente demolição das construções. O conflito vai desaguar na Justiça Administrativa, como reflexo da omissão.

A prática das ocupações e construções irregulares nas comunidades, sub-bairros, bairros e distritos não se credencia ao acolhimento pela coletividade e atingidos. A omissão da fiscalização e a ausência de intervenção do Município em todos os locais, logo na primeira conduta que demonstra a intenção desrespeitosa dos ofensores da ordem urbanística, acirram a vontade dos administrados, em situação regular, de vê-los longe dali, uma vez que ocupam suas áreas ordenadamente e nelas erigiram construções em conformidade com as normas legais e regulamentares. A imediata intervenção da Administração tem por escopo assegurar a ordem jurídica, sem o que o caos urbanístico toma conta da cidade.

Em casos tais, a doutrina e a jurisprudência entendem que o Poder Público municipal deve atuar de forma pronta e eficaz, reprimindo incontinenti as ocupações irregulares de áreas urbanas e as construções erigidas em desacordo com as normas legais e regulamentares. De acordo com essa interpretação, ao assim proceder estará cumprindo o seu dever e preservando a ordem jurídica. A execução dos atos de polícia administrativa é a resposta à exigência da coletividade. Na prestação do serviço público a Administração Pública não pode se manter inerte.

Para comungar com esse entendimento acrescente-se que os administrados – principalmente os que estão em dia com o recolhimento dos tributos municipais – contam com providências da Administração Pública, já que lhes é vedado agir *ex propria auctoritate*, ainda que no interesse de toda coletividade. Por isso mesmo efetuam o pagamento dos impostos, vale dizer, para que – na qualidade de credores da contraprestação – se credenciem a receber parcelas de um serviço público eficiente, pois residem ou são domiciliados no Município.

Quem recolhe os impostos municipais pode exigir da pessoa jurídica de direito público prestação de serviço público de retribuição que atenda à estruturação e à ordem jurídica. Os que não estão em dia com o recolhimento dos tributos municipais, ainda assim, podem reclamar a prestação do serviço público, mormente o de fiscalização, que dentre a classificação dessa espécie de serviço se posiciona como essencial. Denominado também serviço público próprio ou propriamente dito é prestado para atender às necessidades básicas da população e até à sobrevivência dos indivíduos participativos.

O serviço público de fiscalização é responsável pela preservação e manutenção da ordem jurídica, nos diversos setores da circunscrição territorial do ente federativo, daí sua relevância. Trata-se de um dever, ou como alguns doutrinadores preferem, um poder-dever, exercido não só em benefício da coletividade como também em prol do funcionamento da própria Administração Pública, quando hierarquizada.

O Município não pode deixar de fiscalizar o que ocorre no seu território. Imagine-se um Poder Público omissivo, que fecha os olhos para a ocupação de terreno acidentado e arenoso por construtor que, em poucos dias, dá início à edificação de três pavimentos, com quatro apartamentos por andar, exaurindo sua ousadia ao colocá-los à venda. Munícipes residentes nas proximidades, passando pelo local, percebem que além de acidentado e arenoso, o solo não era firme para qualquer espécie de incorporação artificial. Em poucos dias uma parte da edificação ruiu. A outra é agora objeto de interdição pela Prefeitura Municipal. Os proprietários e possuidores dos imóveis lindeiros à edificação, cuja parte remanescente ameaça ruir, correm risco de morte ou de suportar ofensa à sua integridade física, caso permaneçam em suas residências ou de vê-las danificadas, em decorrência da omissão do Município em fiscalizar a ocupação, pelo construtor, de área imprópria para edificação.

Na situação hipotética, vê-se que não se cogita de fiscalizar a regularidade da edificação pelo construtor, que não obteve licença para realizar obras no terreno urbano, nem está em jogo, apenas, o interesse particular ínsito aos direitos de vizinhança, *in casu*, dos proprietários ou possuidores dos imóveis atingidos ou dos que podem ser atingidos pela construção irregular (arts. 1280 e 1299, do Código Civil). Cuida-se do não exercício do poder de polícia administrativa, em outras palavras, do mau funcionamento do serviço de fiscalização. Isto porque todos os administrados, confrontantes ou não, em dia ou em mora com o recolhimento dos tributos de competência do Município, são destinatários das “*normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar*” (art. 1º, par. único, da Lei nº 10.257/01).

A fiscalização é serviço público próprio do Estado que não pode ser delegado a terceiros, por imprescindir de medidas coercitivas e de império na sua execução. Deve ser exercida, no caso do Município, para preservar e manter a ordem jurídica urbanística. Tem por fim regulamentar e controlar o comportamento dos administrados frente às normas de direito administrativo e de direito urbanístico. Também chamada de obrigação de comportamento positivo, inadmite a inércia. A prestação deve ser solvida em prol da coletividade. Trata-se de dever de caráter positivo, com função social.¹²

¹² José Fernando de Castro Farias, com arrimo em lição de Leon Duguit, inscrita *in Traité de Droit Constitutionnel*, T. II, 3ª ed., 1928, p. 61, acerca do serviço público, anota que ele consiste em “toda atividade cujo cumprimento deva ser assegurado, regulamentado e controlado pelos governantes, porque o cumprimento desta atividade é indispensável para a realização e para o desenvolvimento da solidariedade social, e porque ela tem uma natureza tal, que só pode se realizar completamente pela intervenção da força governante”. E mais adiante, com esboço nos seus estudos, registra: “apresentada como critério geral do campo de ação do Estado, a noção de serviço público implica essencialmente uma idéia de obrigação positiva. Da soberania ao *serviço público* passa-se de uma visão do Estado como poder público a uma concepção de Estado como ‘função social’” (*A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX*, p. 88).

Vale ressaltar que se não fosse o poder de auto-executoriedade a Administração Pública municipal estaria vinculada a assumir um comportamento positivo, ainda que judicialmente. No caso do munícipe ocupar áreas e construir em desconformidade com lei, regulamento ou postura municipal, é facultado ao Município acessar à jurisdição como autor de ação de nunciação de obra nova, tal como previsto no art. 934, III, do Estatuto Processual Civil. De uma forma ou de outra, vale dizer, com ou sem auto-executoriedade dos seus atos, que deixa de ser o caso, não pode comungar com a inércia.

O exercício do poder de polícia ou poder de fiscalização é ato administrativo do Estado, *lato sensu*, ou seja, da pessoa jurídica de direito público que desfruta de autonomia administrativa, como é o caso do Município, consoante o disposto no art. 18, da Carta Política, antes ressaltado. Dentre as atribuições da sua competência emolduram-se a de legislar sobre os assuntos de interesse local e de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (art. 30, I e VIII, da Lei Fundamental). É o que se infere, *exempli gratia*, dos arts. 12 e 16, da Lei nº 6.766/79, que cuidam do exame e decisão administrativa dos projetos de loteamento e de desmembramento, estabelecendo, respectivamente, que o Município é o ente federativo com atribuição administrativa para aprová-los. Fixadas as diretrizes referidas nos arts. 6º e 7º, do mesmo diploma legal e definidos os prazos em lei municipal resta aprová-los ou rejeitá-los.

Ao receber competência administrativa para – em consonância com o precitado diploma legal, recepcionado pela norma constitucional – aprovar ou rejeitar projeto de parcelamento do solo, a Administração Pública municipal se vincula à fiscalização dos loteamentos e desmembramentos situados na sua circunscrição territorial. Ao se omitir surgem os parcelamentos do solo clandestinos, que dão início à desordem urbanística, desequilibrando o que foi delineado em consonância com sua situação geográfica, traçado no plano diretor e acolhido por todos que participaram da gestão democrática da cidade (arts. 1º, par. único, 4º § 1º, 6º a 8º, 12 e 16, da Lei nº 6.766/79; arts. 42 e 43, da Lei nº 10.257/01). Em razão da omissão, o Município tem figurado no pólo passivo de ação civil pública, por responsabilidade solidária com o loteador. Esse tem sido o entendimento das Cortes de Justiça.

De acordo com o art. 78, do Código Tributário Nacional, antes mencionado, diz-se que é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – em contraprestação da arrecadação dos tributos dos contribuintes – exercer o poder de polícia. No que atine ao Município, este poder consiste na fiscalização permanente das ocupações e construções dentro

da sua circunscrição territorial. A fiscalização simboliza comportamento sempre comissivo, quer autorizando pessoas físicas e jurídicas a erigir construções, quer proscrevendo as que colidirem com os diplomas legais que regem o assunto, tais como a Lei do Parcelamento do Solo, o Estatuto da Cidade, o Código Civil e as leis edilícias de âmbito local.

Segundo se extrai de estudo realizado, que será objeto de exame mais adentrado, o poder de polícia não admite comportamento omissivo. Exige-se um *facere* da Administração Pública no exercício da polícia administrativa das ocupações e construções irregulares. Isto porque a fiscalização é um poder-dever que requer comportamento positivo.

Se o Chefe do Executivo municipal se mantém no gabinete, planejando estratégias políticas e os agentes da fiscalização permanecem nos departamentos e demais órgãos administrativos, realizando serviços internos ou simplesmente cumprindo horário, enquanto lá fora munícipes ocupam áreas urbanas e constroem irregularmente, não há funcionamento do serviço público pertinente à fiscalização. A União e os Estados não foram constitucionalmente contemplados pela Carta Federal para prestar essa espécie de serviço à coletividade. Sendo assim, quem deve exercer o policiamento administrativo das ocupações e construções é o Município.¹³

Esse poder-dever tem características, que para alguns doutrinadores são atributos, destacando-se as que consideram a polícia administrativa ora como poder discricionário, ora como poder vinculado. A polícia administrativa das ocupações e construções deve ser considerada atividade vinculada, uma vez que o serviço público prestado pelo Município corresponde à obrigação de fazer do direito privado, da espécie prestar serviço, expressando portanto uma função administrativa de índole positiva.

Respeitáveis entendimentos são sustentados sobre a característica da discricionariedade ou vinculação à lei do poder de polícia.¹⁴ Porém, não há uma abordagem

¹³ Toshio Mukai entende que “não seria racional que o Poder Público tivesse legitimidade para impor tantas e variadas restrições ao uso da propriedade e às construções todas elas examinadas ao longo do presente trabalho, e que, no conjunto formam o denominado Direito Urbanístico, se não pudesse como corolário do seu regular exercício do poder de polícia, inerente a toda entidade estatal, exercer também o controle e a fiscalização do uso do solo e das construções. Portanto, ‘como nas demais atividades de interesse coletivo a construção urbana sujeita-se ao policiamento administrativo da entidade estatal competente para sua regulamentação e controle, que é, por natureza, o Município’” (*Direito Urbano e Ambiental*, p.p. 378-379).

¹⁴ Lucia Vale Figueiredo anota: “Clóvis Beznos defendendo a existência da polícia administrativa diz que ‘é a atividade administrativa, exercitada sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins dos direitos, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada, ou delinear os contornos dos direitos assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, a fim de adequá-los aos demais valores albergados, no mesmo sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não fazer’ (Poder de Polícia, São Paulo, ed. RT, 1979, p.76).” E adverte a autora: “o entendimento alargado da competência discricionária leva a situações absolutamente insustentáveis na prática e de grande ameaça para o Estado democrático de Direito em sua faceta substancial” (*Curso de Direito Administrativo*, p.p. 235, 312 e 313).

mais aprofundada sobre a característica da polícia administrativa quando se trata de omissão da fiscalização das ocupações e construções. A indagação que se faz é se o poder de polícia é discricionário ou vinculado com referência à apreciação dos pedidos de autorização e de licença, sem abordar a situação do Município constatar ocupações e construções irregulares.¹⁵ Levando-se em conta a distinção entre atributos e características do poder de polícia, há entendimento de que a discricionariedade não é atributo, podendo consistir em uma das suas características.¹⁶ Mesmo considerando a atividade de fiscalização como discricionária, ainda assim não autoriza a Administração Pública atuar quando bem entender.

A releitura do tema afirma que a fiscalização das ocupações e construções é um poder-dever vinculado à lei. Além de se pautar pela observância do princípio da legalidade, deve o administrador público se nortear também pelo princípio da eficiência, ambos tratados no art. 37, da Carta Federal. A observância desse princípio dá origem à administração de resultados positivos, mormente quando o Poder Público segue a recomendação do art. 78, do Código Tributário Nacional. Este dispositivo legal a ele impõe um comportamento comissivo, ao estabelecer que o poder de polícia limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade para regular a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à ordem, no caso urbanística.¹⁷

¹⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello anota: “No caso específico da polícia administrativa é fácil demonstrá-lo. Basta considerar que, enquanto as autorizações, atos típicos da polícia administrativa, são expedidas no uso de competência exercitável discricionariamente, as licenças, *igualmente expressões típicas dela*, são atos vinculados, consoante pacífico entendimento da doutrina. Basta a consideração de tal fato para se perceber que é inexato o afirmar-se que o poder de polícia é discricionário. Pode-se, com propriedade, asseverar, isto sim que a polícia administrativa se expressa ora através de atos no exercício de competência discricionária, ora através de atos vinculados” (*Curso de Direito Administrativo*, p.p. 823-824).

¹⁶ Raquel Melo Urbano de Carvalho, ao tratar dos atributos do poder de polícia registra que: “Parte da doutrina afirma ser a discricionariedade um dos atributos dos atos de polícia administrativa. Esclareça-se, preliminarmente, que a discricionariedade sequer qualifica-se como atributo do ato administrativo, mas consiste em uma das suas possíveis características, decorrentes do fato de o ordenamento, naquele caso, ter deixado margem de liberdade para escolha do administrador no tocante ao conteúdo ou ao motivo do comportamento público. Certo é que a discricionariedade nem sempre é reconhecida àquele que exerce a polícia administrativa, pois pode ocorrer de o sistema jurídico impor um único comportamento preventivo ou repressivo como possível diante de dada circunstância fática potencialmente ofensiva ao interesse social. Se, ao contrário, as normas reguladoras não explicitam um fato como necessariamente ensejador do poder de polícia, nem mesmo estipulam o modo, as condições e o conteúdo vinculado da ação administrativa, pode o ato afigurar-se como discricionário” (*Curso de Direito Administrativo*, p.p. 345-346).

¹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que “costuma-se apontar como atributos do poder de polícia a **discricionariedade**, a **auto-executoriedade** e a **coercibilidade**, além do fato de corresponder a uma atividade negativa. Quanto à discricionariedade, embora esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isso ocorre. Às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, mesmo porque ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis a exigir a atuação de polícia. Assim, em grande parte dos casos concretos, a Administração terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal. Em tais circunstâncias, o poder de polícia será discricionário. Em outras hipóteses, a lei já estabelece que diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção. Nesse caso, o poder será vinculado.” (*Direito Administrativo*, p. 110).

Pelo que se vê, o comando legal é direcionado no sentido da Administração Pública impor aos administrados a abstenção de ocupar certas áreas urbanas e de construir em locais não permitidos.¹⁸ Há interesse da coletividade na ordem urbanística.¹⁹ A supremacia da Administração Pública sobre os interesses individuais, como analisado, a obriga atuar no interesse dos administrados. Quando deixa de exercer a polícia administrativa das ocupações e construções instala-se a desordem urbanística, com reflexos no próprio serviço público, na coletividade e na Justiça Administrativa.

Considerado vinculado ou discricionário o poder de polícia deve ser exercido por duas razões. A primeira por não se admitir fiscalização inercial; a segunda, por ter a Carta Federal conferido ao Município, com exclusividade, o exercício da polícia administrativa em matéria de ocupações e construções para que fiscalize e administre os interesses dos que nele residem ou são domiciliados.

Ainda que esse poder venha a ser considerado discricionário em matéria de fiscalização de ocupações e construções, há unanimidade em proclamar que a autoridade administrativa municipal não pode agir apenas quando bem entender. Daí se conclui que o Município, por força de preceptivo constitucional, se obriga a prestar essa parcela do serviço público de forma contínua e ininterrupta.

Os entes federados estão submetidos à prestação de serviço público capaz de satisfazer os interesses dos administrados, que estão sempre na expectativa de receber prestação de serviço público eficiente. A eficiência – após a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, que ampliou o rol do art. 37, da Lei Maior – é um dos princípios que a Administração Pública deve observar, sob pena de correção dos seus atos pelo Poder Judiciário. A observância desse princípio está presente em toda atividade de fiscalização.

Quando o administrado toma a iniciativa de agir em desconformidade com o ordenamento legal, em prejuízo do interesse público ou de violação de direitos coletivos ou individuais, o comportamento deve ser prontamente reprimido pela Administração Pública.

¹⁸ Hely Lopes Meirelles salienta: “Observa-se que o ato de polícia é, em princípio, *discricionário*, mas passará a ser *vinculado* se a norma legal que o rege estabelecer o modo e a forma de sua realização. Neste caso a autoridade só poderá praticá-lo validamente atendendo a todas as exigências da lei ou do regulamento pertinente” (*Direito Municipal Brasileiro*, p. 475).

¹⁹ Hely Lopes Meirelles, em mais uma preleção, afirma que “como as demais imposições do Poder Público, as urbanísticas nascem revestidas de *imperium*, inerente a toda ordem estatal, tornando-se obrigatórias não só para os particulares como para a própria Administração, visto que a submissão dos indivíduos e das autoridades às normas legais constitui peculiaridade dos Estados de Direito, como o nosso”. E parafraseando Caio Tácito, não relega a oblição que “a lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos, como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vinculação legal” (*Direito de Construir*, p. 110).

Por isso foi dito que a tendência é no sentido de consagrar que o exercício do poder-dever vincula o ente municipal a assumir um comportamento positivo, tanto preventivo quanto repressivo, com a imediata expedição da ordem de remoção de pessoas ou de demolição de construções, assim que lavrado o auto de infração. O exercício do poder de polícia, além de permanente e contínuo, é simultaneamente preventivo e repressivo.²⁰ Para que servem os servidores públicos ocupantes do cargo de fiscal de posturas ou equivalente?

O descumprimento dessa obrigação – que pode colidir com o interesse coletivo e abalroar direitos individuais, acarretando, nesse caso, danos aos munícipes – propicia o aforamento de ações para compelir o Município a deixar a inércia, assumindo comportamento positivo, e a providenciar o desfazimento do que decorre da sua omissão. As medidas judiciais específicas para corrigir a omissão ou os seus efeitos são objeto do estudo adiante apresentado.

²⁰ José dos Santos Carvalho Filho anota que “o poder de polícia reclama do Poder Público a atuação de agentes fiscalizadores da conduta dos indivíduos. A fiscalização apresenta duplo aspecto: um **preventivo**, através do qual os agentes da Administração procuram impedir um dano social, e um **repressivo**, que, em face da transgressão da norma de polícia, redundará na aplicação de uma sanção. Neste último caso é inevitável que a Administração, deparando a conduta ilegal do administrado, imponha-lhe alguma obrigação de fazer ou de não fazer. Como exemplo, cite-se o caso em que o indivíduo construiu em área pública tendo decidido o STJ que **a construção clandestina em logradouro público está sujeita à demolição, não tendo o invasor de má fé direito à retenção, nem a indenização pelo município de eventuais benfeitorias**”, R. Esp. nº 111.670-PE, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, julg. em 14/03/00 (Informativo STJ, nº 50, março/2000), *in Manual de Direito Administrativo*, p. 68.

CAPÍTULO IV – AS CAUSAS DA OMISSÃO DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO

A edição da Carta de Atenas, em 1933, erigiu a habitação em uma das funções da cidade. O direito à moradia convolou-se em direito social de brasileiros e estrangeiros residentes no país, de acordo com o art. 6º, da Carta da República, na redação da Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/00. A crescente e acelerada urbanização dos municípios – máxime os de maior densidade populacional ou situados em regiões metropolitanas – trouxe, de um lado, progresso e desenvolvimento; de outro desigualdades sociais de toda sorte.²¹ Os cidadãos atingidos pelas desigualdades ingressam no rol dos excluídos, como ocorre com os que não têm acesso à habitação.

O direito à moradia, convolado em direito social dos cidadãos, está garantido pela norma constitucional, como forma de inclusão. Como diz Marcelo Neves, a inclusão é forma de “acesso e dependência aos sistemas sociais” (*Entre Têmis e Leviatã, uma relação difícil, p. 248*). O corolário da ausência de inclusão social do cidadão de baixa renda, considerado subintegrado, no atinente ao direito à habitação, é a ocupação de áreas desprovidas de infraestrutura para edificar em desconformidade com as normas legais e regulamentares do plano urbanístico. Não é incomum a ocupação de áreas públicas para construção.

Se o Poder Público municipal planejasse e efetivasse um programa de construção de moradias populares para, em parceria com o Estado e a União edificar conjuntos habitacionais destinados à população de baixa renda, sem sombra de dúvida, reduziria as desigualdades e acabaria com a tensão entre a Administração e administrados que – em razão de não terem onde morar – não hesitam em proceder às invasões e ocupações.

Cumprе anotar que a construção de moradias populares proporcionaria aumento da arrecadação. Mesmo com valores e alíquotas reduzidas dois tributos incidiriam sobre a propriedade: o imposto predial e territorial urbano e o imposto de transmissão *inter vivos*, este na hipótese de transferência da titularidade antes do prazo de carência, por exemplo. Por força de lei municipal o produto da arrecadação ficaria vinculado à construção de novas moradias populares e, assim, sucessivamente. Esse mínimo de esforço levaria o máximo de bem-estar

²¹ Renato Cymbalista anota que “a urbanização vertiginosa, coincidindo com o fim de um período de acelerada expansão da economia brasileira, introduziu no território das cidades um novo e dramático significado: mais do que evocar progresso ou desenvolvimento, elas passam a retratar – e reproduzir – de forma paradigmática as injustiças e desigualdades da sociedade” (Política Urbana e Regulação Urbanística no Brasil – conquistas e desafios de um modelo em construção, *in Políticas Públicas, p. 281*).

a um maior número de indivíduos sem moradia, na lembrança do “ótimo de Pareto”.²² No entanto, quase nada é feito nesse sentido.

O que se vê é a falta de um programa de construção de moradias populares nos municípios com grande arrecadação tributária, não só nas capitais como naqueles com quinhentos mil ou mais habitantes, além da omissão da fiscalização das ocupações e construções irregulares, com a conseqüente favelização de diversas áreas. Não há programa de prevenção nem de repressão com remoção de pessoas para local onde possam construir, logo no início das ocupações irregulares.

A urbanização cada vez mais aumenta os problemas sócio-econômicos, fazendo surgir conflitos na área de moradia. É o corolário do êxodo rural, resultado da procura dos habitantes do interior pelas cidades que oferecem oportunidades de emprego. A moradia, por isso, deveria ter prioridade nos programas políticos das cidades com elevado número de habitantes. A realidade, todavia, é outra. O silêncio do Poder Público municipal se traduz em omissão administrativa. Esta, somada à omissão da fiscalização das ocupações e construções, origina o que pode ser denominado de cidade ilegítima.

De outra parte, o Município se omite no tocante à fiscalização das atividades desenvolvidas por indivíduos economicamente favorecidos, como as pessoas físicas e jurídicas que se dedicam ao parcelamento do solo, incorporações imobiliárias e construções, em retribuição ao apoio que recebeu por ocasião da eleição do Chefe do Executivo. A omissão quase sempre resulta da troca de favores políticos em prol daqueles que procedem a loteamentos ou edificam em áreas supervalorizadas ou provém da tecnocracia. Com o apoio da Câmara Municipal pode aprovar lei de difícil compreensão referente ao zoneamento de edificações para, a seguir, negociar ou não fiscalizar as irregularidades.²³

²² Raymond Aron, nos comentários da obra de Vilfredo Pareto, *Les Systèmes Socialistes*, 1903, II, p. 169, registra “o problema da organização social não pode ser resolvido com declamações baseadas num ideal mais ou menos vago de justiça, mas só através de pesquisas científicas destinadas a encontrar o modo de ajustar os meios ao fim e, para cada homem, o de ajustar o esforço e o sofrimento à satisfação, de forma que o mínimo de esforço e sofrimento leve o máximo de bem-estar ao maior número possível de pessoas” (*As Etapas do Pensamento Sociológico*, p. 589).

²³ Renato Cymbalista salienta: “Na verdade, a extrema rigidez do sistema regulatório possui um poderosíssimo e subterrâneo complemento: enquanto a legislação opera a segregação, a enorme distância entre o modelo ideal do zoneamento e a cidade real abrem grandes oportunidades para negociatas, corrupção, construção de currais eleitorais, pois as únicas possibilidades abertas de obtenção de equipamentos e infra-estrutura para aqueles que estão à margem da lei envolvem a troca de votos por favores ou exceções na lei, ou (envolvendo também os mais ricos), o pagamento de propina para a legalização ou a não-fiscalização das irregularidades. Essas práticas abusivas baseiam-se invariavelmente na desigualdade de acesso aos mecanismos legais – e nesse ponto, quanto mais complexas e sobrepostas forem as leis, maior será o poder daqueles que os conhecem e controlam sobre aqueles que não os dominam” (Política Urbana e Regulação Urbanística no Brasil – conquistas e desafios de um modelo em construção, *in Políticas Públicas*, p. 287).

Tanto os menos favorecidos quanto os que desfrutam de poderio econômico saem prejudicados com a falta de fiscalização do Poder Público municipal ou com o comportamento comissivo decorrente dos expedientes ressaltados. O mesmo ocorre com os demais munícipes que não violaram normas legais ou regulamentares, mas são atingidos pela inércia de quem estava incumbido de fiscalizar.

CAPÍTULO V – A OMISSÃO DA FISCALIZAÇÃO COMO CAUSA DA DESORDEM URBANÍSTICA

O procedimento omissivo da Administração Pública, permitindo a ocupação de áreas urbanas ou a edificação com desrespeito às leis, revela que a inércia tem por objetivo não contrariar interesses ou compromissos políticos assumidos, mesmo conhecendo o fato desse comportamento prejudicar interesses difusos, coletivos ou individuais. Ao invés de agir prefere aguardar que os interessados acessem à justiça para obter decisão judicial favorável ao que era exigido, qual seja, mandar desocupar as áreas e demolir as construções. Assim, a autoridade municipal não molesta seus possíveis eleitores. Manda remover pessoas e demolir construções em decorrência de expedição de ordem judicial sem se incompatibilizar. Esse comportamento proclama o seguinte: os interesses políticos se sobrepõem ao interesse público na manutenção da ordem jurídica urbanística e ao interesse dos administrados atingidos pela omissão.

No caso das ocupações e construções irregulares em terrenos e áreas particulares – independentemente do interesse dos titulares do direito real em impedir o comportamento individual – tem o Município o dever de, incontinenti, obstar a conduta assumida por aqueles que desrespeitaram as leis. Obstar é planejar. E planejar é espécie de “*ação qualificada de intervenção municipal, através do poder de polícia*” como diz José Nilo Castro, citado por Elida Séguin (*Estatuto da Cidade, p. 51*).

A omissão da fiscalização das ocupações de bens públicos para utilização e construções é tema que merece comentários.

Tem-se cognição de que munícipes – na contramão do interesse coletivo – chegam até mesmo a ocupar e construir em áreas públicas. Outros partem para a agressão do meio ambiente, procedendo a desmatamentos situados em áreas urbanas, de preservação ambiental, para erigir construções.

Os indivíduos participativos têm o dever de respeitar as normas que regem o direito público e o direito privado. Esse respeito às leis é recíproco. Todos os administrados residentes ou domiciliados na cidade devem obediência à ordem urbanística e a Administração Pública municipal deve zelar pela manutenção dessa mesma ordem. Constitui princípio do Estado de Direito.

Dos municípios exige-se o cumprimento do dever geral de abstenção de não ocupar bens públicos ou particulares ou neles construir, em respeito às normas jurídicas constantes dos diplomas de regência. No Estado Democrático, além do interesse público que dá esteio à supremacia da Administração Pública sobre os interesses privados, todos os indivíduos devem se pautar pelo respeito aos direitos e interesses dos outros. Trata-se de um dever recíproco de quem vive e participa da sociedade.²⁴

No caso de ocupação ou de construção em logradouros públicos, não é demais lembrar que o Município – quando não age prontamente – está permitindo que o interesse individual de um administrado ou de um grupo de indivíduos afaste o uso do bem público por parte dos demais.

Os bens públicos, tais como praças, ruas e áreas livres pertencentes à Municipalidade, ainda que não possam ser utilizados, em virtude da sua má conservação, são de uso comum do povo, nos termos do art. 99, I, do Código Civil, não se prestando à ocupação por particulares.

Em se verificando ocupações e construções em áreas urbanas de preservação ambiental, urge que o Município deixe a inércia, esqueça os interesses políticos e eleitores e atue com presteza e rigor, pois a agressão atinge o interesse de todos. Na hipótese vertente, não é demais dizer que o interesse, de difuso, é erigido à categoria de público. Está em jogo a preservação de bens públicos, o que transcende o interesse dos administrados residentes na cidade.

Eventual argumentação do Município de que a fiscalização das ocupações e construções, em áreas urbanas de preservação ambiental, se traduz em poder discricionário, *pouvoir discrétionnaire* – uma vez que, em casos tais, outros entes federados podem agir – se afasta não só do direito como também do bom senso, diante da presença do interesse público que por ele há de ser defendido, ao reverso de compactuar com a prática dos ilícitos, na contramão do referido interesse.²⁵

²⁴ Ronald Dworkin salienta que “em uma democracia, ou pelo menos em uma democracia que em princípio respeita os direitos individuais, todo cidadão tem um dever moral geral de obedecer a todas as leis, mesmo que ele queira que algumas delas sejam modificadas. Ele tem esse dever para com seus concidadãos que, para seu benefício, acatam leis de que não gostam” (*Levando os Direitos a Sério*, p. 287).

²⁵ Nagib Slaibi Filho assinala que “o interesse público, de toda a sociedade, é defendido pelo Estado de acordo com a previsão legal. Os países ocidentais exigem que tal interesse público seja previsto em lei, obedecendo ao denominado *princípio da legalidade*, que decorre do *princípio da liberdade*, por entenderem, de acordo com a corrente liberal, que toda a atuação estatal só pode depender de previsão legislativa, porque o Estado, ao agir, sempre restringe a autonomia privada ou a conduta individual” (*Anotações à Constituição de 1988*, p. 5).

Como se vê, não se cogita de simples interesse privado de indivíduos participativos com reflexos nos direitos de vizinhança e sim de preservar o interesse difuso.²⁶

Com relação ao meio ambiente urbano, tem-se que o dever de fiscalização decorre da natureza do bem, que é coletivo. Diz-se que o meio ambiente é um bem coletivo porque o interesse a ser protegido pertence não só ao Poder Público como também à coletividade.²⁷ Sua utilização se dá com limitações destinadas à defesa e preservação. Não se trata de simples bem público de uso comum do povo de que cuida o art. 99, I, do Cód. Civil – em que a utilização se dá sem preocupação de desgaste ou deterioração, como as estradas, ruas e praças. A utilização do meio ambiente é limitada a três condições, que são o equilíbrio, a defesa e sua preservação para as presentes e futuras gerações, como a flora e fauna, a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica e tudo mais que integrar o elenco do art. 225 §§ 1º, VII e 4º, da Lei Maior.

A relevância do meio ambiente urbano faz com que o Poder Público e a coletividade se tornem responsáveis pela defesa e preservação do equilíbrio ecológico. O Município não pode deixar de proceder à defesa do meio ambiente. Trata-se de uma das suas diretrizes. Quando a Administração Pública municipal, por omissão, deixa de fiscalizar as ocupações de áreas de preservação do meio ambiente situadas dentro do seu território, não só descumpra o comando da norma inscrita no art. 225, da Lei Maior, como também colide com as diretrizes dos arts. 1º, par. único e 2º, VI, *g*, do Estatuto da Cidade.²⁸

Na inexplicável continuidade da inércia o Estado deve atuar, para reprimir o comportamento ilícito. Sendo necessário, atua a União. Foi o que ocorreu com ocupações e

²⁶ Hely Lopes Meirelles enfatiza que “as *limitações urbanísticas*, sendo medidas de interesse público, atingem indistintamente todos os indivíduos, como membros da coletividade administrada; ao passo que as *restrições de vizinhança*, como normas de conduta dos vizinhos, só alcançam os proprietários e moradores confrontantes ou em situação de proximidade. Como imposições de ordem pública, as limitações urbanísticas são imprescritíveis, irrenunciáveis e intransacionáveis, diversamente das restrições civis, que são prescritíveis, renunciáveis e transacionáveis por acordo entre as partes ou mesmo pela aceitação tácita de certas situações de fato. Como as demais imposições do Poder Público, as urbanísticas nascem revestidas de *imperium*, inerente a toda ordem estatal, tornando-se obrigatórias não só para os particulares como para a própria Administração, visto que a submissão dos indivíduos e das autoridades às normas legais constitui peculiaridade dos Estados de Direito, como o nosso” (*Direito Municipal Brasileiro*, p. 516).

²⁷ Robert Alexy encarta o meio ambiente entre os bens coletivos, ressaltando que “es más fácil presentar ejemplos de bienes colectivos que decir qué es un bien colectivo. Ejemplos de bienes colectivos son la seguridad interna y externa, la prosperidad de la economía, la integridad del medio ambiente y un alto nivel cultural” (*El Concepto y La Validez Del Derecho*, p.186).

²⁸ Wilson Madeira Filho, ao tratar da “Era Ambiental”, registra: “Cumpra observar que, segundo a Constituição da República, em seu capítulo do meio ambiente, no artigo 225, *caput*, impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Com isso, fica expresso que a responsabilidade tutelar por esse ‘bem comum do povo e essencial à qualidade de vida’, é paritária entre o Poder Público e a coletividade” (*Direito e Justiça Ambiental*, p. 220).

construções irregulares na Chácara do Céu, situada no Morro Dois Irmãos, Leblon, Capital, constatadas em dezembro de 2007. O Estado do Rio de Janeiro, via Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente (DPMA), na omissão do Município do Rio de Janeiro, atuou defendendo o meio ambiente urbano. A notícia foi estampada no jornal O Globo, de 22/12/07, sábado, caderno Rio, p. 18, nas reportagens que tomaram o título de “Ilegal e Daí?”:

Delegacia abre inquérito e estado anuncia ofensiva que inclui demolição de imóveis irregulares: o avanço das favelas na mata virou caso de polícia. A Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente (DPMA) abriu ontem inquérito para investigar a existência de casas na Chácara do Céu, no Morro Dois Irmãos, no Leblon, em trechos da encosta onde não pode haver edificações, por serem áreas de proteção permanente (APPs). A ação, que incluirá medidas como a demolição dos imóveis em situação irregular será estendida a outras regiões da cidade...

Dias após a constatação das ocupações e construções irregulares no Morro do Céu, o jornal O Globo, de 29/12/07, sábado, caderno Rio, p. 12, em mais uma reportagem com o mesmo título “Ilegal e Daí?”, noticiou a atuação do Estado, via Secretaria do Meio Ambiente, em nome do interesse público, desprezado pelo ente municipal. A notícia assim é transcrita:

Estado faz papel da prefeitura. Força-tarefa sobe Chácara do Céu, derruba puxadinho e notifica donos de casas irregulares: um puxadinho em construção foi derrubado e moradores de 26 casas na Favela Chácara do Céu, no Leblon, foram notificados ontem pela força-tarefa montada pela Secretaria estadual do Ambiente. Os imóveis foram alvo da ação por estarem acima da cota 100 (cem metros acima do nível do mar, onde é proibido construir). Durante a operação, que não teve a participação da prefeitura, os fiscais multaram ainda o condomínio Quintas e Quintais, no Alto Leblon, por causa de uma quadra de tênis dentro do Parque Municipal Penhasco Dois Irmãos – e também acima da cota 100...

A omissão de fiscalizar e defender não só o meio ambiente como também toda ordem urbanística, a cargo da autoridade administrativa municipal, é assaz reprovável. Reproduzindo as palavras de Léon Duguit, transcritas por José Fernando de Castro Farias, acerca do Serviço Público, “*os governantes não são mais os órgãos de uma pessoa coletiva que comanda, eles são os gerentes dos assuntos da coletividade*” (*A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX, p. 89*).

Se a fiscalização deve ser exercida no sentido de atuar – haja vista que a norma constitucional estabelece que a Administração Pública deve se pautar pela eficiência e a norma da lei ordinária dispõe que o seu comportamento, na situação apresentada, deve ser comissivo – a resposta ao questionamento da natureza da polícia administrativa, malgrado respeitáveis entendimentos direcionados à discricionariedade da atividade, acena para

considerá-la um poder-dever vinculado à lei, *pouvoir lié à la loi*, que há de ser exercido no interesse da coletividade, *in abstracto*, e no interesse dos administrados, *in concreto*. A fiscalização traduzida em poder-dever da Administração Pública, para os que entendem que esse poder é vinculado, deve ser exercida, sobretudo, como resposta aos anseios dos administrados residentes e domiciliados no Município, interessados na preservação e manutenção da ordem urbanística.²⁹

²⁹ Juarez Freitas, ao comentar sobre a “Releitura do Poder de Polícia”, assevera que “*o poder existe para os direitos fundamentais, não o contrário*”. Falar, portanto, em ‘poder de polícia administrativa’ não é cogitar de mera faculdade estatal. Acima de tudo, trata-se de dever perante os cidadãos. No Estado Democrático *o exercício do poder vincula e responsabiliza*, porque nele os direitos fundamentais não são singelas expressões de contrapartida dos direitos atribuídos ao Poder Público: configuram autênticos direitos fundadores do Estado” (*Discrecionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, p. 88*).

CAPÍTULO VI – O DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE CORRIGIR A OMISSÃO

A Administração Pública é conceituada como a reunião de órgãos constituídos e funções direcionadas à prestação do serviço público à coletividade, com observância dos princípios inscritos na Lei Fundamental.

O Poder Público, nos três níveis da Federação, vincula-se à prestação de serviço público que proporcione utilidades aos administrados. Quanto mais próximo dos indivíduos participativos mais deveres assume. Para isso a Administração Pública está voltada.

Consoante dispõe o art. 37, da Carta Federal, na prestação do serviço público a Administração deve se nortear pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Este último institui o dever do bom funcionamento do serviço público, que deve ser executado com presteza e de modo a beneficiar o maior número de administrados.³⁰ Conjugando todos esses princípios, máxime o da legalidade com o da eficiência, o ente federativo está credenciado a alcançar resultados positivos. A Administração Pública deve atuar na direção dos interesses dos indivíduos participativos, seus administrados, pois do contrário não há razão para sua presença.

A vinculação, a proximidade e a confiança dos administrados com o ente municipal formam um vínculo que transborda a simples relação jurídica de direito público. Não se compara a qualquer outro liame subjetivo de direito público que eles mantêm com o Distrito Federal, o Estado ou a União. Assemelhando-se à relação jurídica com a previdência social, por estar bem próximo dos administrados, estes se submetem à uma espécie de relação de dependência com o Município, já que aguardam a prestação de serviços de utilidade.

Logo de início observa-se que o ente municipal arrecada dos contribuintes o imposto de transmissão *inter vivos*, o imposto territorial e predial urbano e o imposto sobre serviços, tratados no art. 156, da Constituição Federal. Esses tributos são instituídos para que o

³⁰ Paulo Magalhães da Costa Coelho registra que “a eficiência guarda, pois, vínculo direto com o respeito à cidadania. A administração age para a consecução das finalidades legais, devendo, nesse atuar ser absolutamente eficiente por respeito à delegação que lhe foi outorgada pelos cidadãos. A administração tem o compromisso do bem atuar, da eficiência, mesmo porque não lida com interesses particulares, mas públicos e coletivos. Daí o porquê de se lhe exigir eficácia, produtividade, deferência à cidadania, respeito aos direitos dos administrados” (*Controle Jurisdicional da Administração Pública*, p. 33).

Município preste benefícios à coletividade, vale dizer, fornecer “bens públicos”, assim denominados em matéria de justiça distributiva.

A instituição, a imposição e a cobrança dos impostos municipais não se prestam a anunciar sua destinação. Nem se traduzem em requisito de ordem constitucional ou de lei ordinária. Entrementes, no Estado de Direito – que se pauta, dentre outros princípios, pela cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, da Carta Federal) – exige-se eficiência da Administração Pública municipal na fiscalização das ocupações e construções, uma vez que arrecadando tributos se obriga a prestar os serviços públicos da sua competência.

A profundidade da relação jurídica entre o Município e o administrado vai mais além: chega à relação sucessória. Não sobrevivendo cônjuge, companheiro ou parente sucessível do munícipe, quem irá suceder nos seus bens, desde que ali domiciliado, é justamente o Município, *ex vi* do art. 1844, do Código Civil. Mais uma razão para bem exercer o poder-dever de fiscalizar em prol de todos, inclusive dos que não estão em dia com os impostos. Além disso é do seu conhecimento que a luta pela preservação e manutenção da ordem jurídica é permanente. Na ausência de um programa preventivo antes mencionado a repressão das ocupações e construções irregulares há de ser exercida dia e noite.³¹

A omissão desencadeia a desconfiança da coletividade e dos administrados na Administração Pública. Os distritos e bairros desordenados, atingidos pelas ocupações e construções irregulares, acabam por abalar o desenvolvimento do Município, prejudicando os planos urbanísticos ordenados pelas Leis nºs 6.766/79 (Parcelamento do Solo) e 10.257/01 (Estatuto da Cidade), com reflexos na jurisdição civil e na jurisdição administrativa.

As ocupações desordenadas de áreas urbanas, inclusive de logradouros públicos, e as construções irregulares advêm de diversos fatores. A omissão da fiscalização é um deles, acarretando conseqüências. *Verbi gratia*, a ordenação das cidades, através do plano diretor – de cunho obrigatório para as que contam mais de vinte mil habitantes – pode suportar prejuízos. A coletividade e os administrados terminam por ingressar em juízo em desfavor da Administração Pública objetivando corrigir os efeitos da omissão.

O ente federativo costuma argumentar, em juízo ou fora dele, que não dispõe de meios e recursos para exercer uma contínua vigilância do que ocorre no âmbito da sua circunscrição territorial, mormente nas áreas urbanas mais populosas e carentes. No lado

³¹ Zygmunt Bauman adverte que “as cidades contemporâneas são os campos de batalha nos quais os poderes globais e os sentidos e identidades tenazmente locais se encontram, se confrontam e lutam, tentando chegar a uma solução satisfatória ou pelo menos aceitável para esse conflito” (*Confiança e Medo na Cidade*, p. 35).

oposto está a população a exigir a prestação do serviço público de fiscalização, dever de quem administra, em cumprimento do comando normativo que tem como diretriz o desenvolvimento das funções sociais da cidade para atingir o bem-estar da coletividade, consoante dispõe o art. 182, da Carta da República.

A edição da Lei nº 10.257/01 instituiu o Estatuto da Cidade. Muitos anos antes, a Lei nº 6.766/79 cuidou do Parcelamento do Solo Urbano. O art. 8º, deste diploma legal, editado há mais de vinte anos antes daquele, instituiu em caráter obrigatório, para os municípios com mais de cinquenta mil habitantes, o plano diretor, objetivando o crescimento ordenado da cidade. O art. 41, I, do Estatuto, tornou o plano diretor obrigatório para os municípios com mais de vinte mil habitantes. Contudo, nem o primeiro nem o segundo diploma legal motivaram os Prefeitos municipais a cumprir o dever de fiscalizar.

A Lei nº 6.766/79 vigora há trinta anos e os loteamentos irregulares engrossam os exemplos da má prestação do serviço público. A Lei nº 10.257/01 vigora há oito anos. No entanto, as ocupações e construções irregulares surgem em ritmo acelerado, notadamente na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Basta visitar bairros das Zonas Norte e Sul e o Centro de Niterói. Após atravessar a Ponte Rio-Niterói que interliga as duas cidades, constata-se uma situação estarrecedora, de algumas décadas de omissão, que parte da Capital e se estende por toda Baixada Fluminense.

Há dois anos, ou seja, em 22/12/07, sábado, o jornal O Globo, no caderno Rio, p. 19, nas reportagens que tomaram o título de “Illegal e Daí?”, noticiava:

Cartão de visita com barracos de madeira. Cenário de miséria na Maré, ao lado da Linha Vermelha, lembra antigas palafitas. Quem passa pela Linha Vermelha, sentido Centro, e olha para as favelas do Complexo da Maré tem a impressão de estar num túnel do tempo. Uma ocupação irregular, formada por barracos de papelão, plástico e muito compensado, cresce rapidamente ao lado da via expressa, com as mesmas características do início da construção da Maré, na década de 40. Só faltam as palafitas, que eram o símbolo da miséria da favela. A pobreza hoje, porém, é a mesma: crianças andam descalças sobre o lixo espalhado no chão e muitos porcos e cavalos são criados soltos no lugar, que já conta mais de 60 barracos. A nova favela cresce a olhos vistos atrás da Vila dos Pinheiros, que faz parte do Complexo da Maré.

E a degradação urbanística não se limita às cidades unidas pela Ponte e Baixada Fluminense. Infelizmente é uma realidade que atinge grande parte dos municípios brasileiros, máxime situados na Região Sudeste. Em 13/12/08, sábado, o jornal O Globo, no caderno O País, 2ª edição, na reportagem “Retratos do Brasil”, noticiou:

Favela aos Montes pelo País. Pesquisa do IBGE mostra que 1 em cada 3 municípios confirma existência de áreas faveladas. As cidades brasileiras com maior número de moradores tendem a registrar mais incidência de favelas e loteamentos irregulares ou clandestinos. Somente este ano, um em cada três dos 5.564 municípios (33%) confirmou ter favelas em seu território. Já os loteamentos ilegais existem em 53% das cidades. Os dados fazem parte da sétima edição da Pesquisa de Informações Municipais (Munic), realizada pelo IBGE e que foi divulgada ontem. Na região Sudeste, o Estado do Rio lidera com a maior proporção de município com favelas (68%), mais que o dobro da média nacional.

A omissão do dever de fiscalização urbanística pela Administração Pública tem acarretado conseqüências que se traduzem em fatos sociais de uma lamentável realidade presente nos municípios com maior densidade demográfica. É o que vem ocorrendo há vários anos, com reflexos sócio-econômicos negativos.³²

O Estado existe para suprir as necessidades dos seus súditos, isto é, exercer atividades voltadas para atender ao interesse público. A Administração Pública deve atuar de modo a oferecer utilidades aos administrados. A existência e a presença do ente federativo na coletividade estão direcionadas à prestação de serviço público.

Na prestação do serviço público e na execução dos atos administrativos para ele voltados, a Administração Pública deve se pautar por um princípio implícito na relação jurídica que mantém com os administrados: o da desigualdade. Malgrado à primeira vista possa parecer inaplicável, o princípio da desigualdade é imprescindível para a escorreita prestação de todo e qualquer serviço público.

O princípio da desigualdade ou da quebra da isonomia consiste na prevalência do interesse público sobre o interesse privado, quando houver colidência deste com aquele. Toda vez que o particular pretender algo da Administração Pública que colidir com o interesse público este prevalecerá, sendo indeferida a pretensão administrativa, ainda que o administrado alegue ter direito. No embate predomina o interesse público. Isto porque o objetivo da prestação do serviço público é atingir a satisfação de todos os indivíduos participativos.

Na prestação do serviço público a Administração precisa, muitas vezes, agir coercitivamente. Como corolário, urge externar seu poder de império, contrariando interesses dos administrados, já que está voltada para o interesse público e bem-estar da coletividade. Os

³² Ricardo Musse registra que os fatos sociais ocorridos em certo tempo e espaço, observadas suas características, quais sejam, exterioridade e coercitividade assinaladas por Émile Durkheim, na abordagem “O Que é Fato Social”, acenam para a experiência do mundo real (*As Regras do Método Sociológico*, p.p.1-11; *Fato Social e Divisão do Trabalho*, p.p. 13-27).

atos administrativos de império proíbem, fiscalizam, sancionam, reprovam, impõem sacrifícios e sanções. Desde que observem os precitados princípios constitucionais e se dirijam a atender aos interesses da coletividade terão eficácia e validade.

O poder de polícia é dotado de coercitividade e auto-executoriedade, como foi visto. A coercitividade permite que a Administração Pública proscra atividades, interdite estabelecimentos e imponha penalidades; a auto-executoriedade autoriza sua atuação independentemente de provocação do Poder Judiciário. Em outras palavras, os atos administrativos expedidos para prestação de serviço público, além de coercitivos são dotados de auto-executoriedade, isto é, são *self-executing*. O acesso à jurisdição administrativa é inteiramente dispensável. Ao reverso, não se atenderia ao princípio da independência dos Poderes, referido no art. 2º, da Constituição Federal.

Ditas características possibilitam a utilização de meios e formas de atuação repressiva no âmbito administrativo para controlar as ocupações e construções no Município. Preenchidos os requisitos legais e atendidas as normas regulamentares, como dispõe o parágrafo único do art. 78, do Código Tributário Nacional, acerca do poder de polícia, o Poder Público municipal, no caso de edificações irregulares, pode aplicar as sanções administrativas adequadas que são o embargo de obra e a demolição compulsória.

O embargo de obra é a sanção administrativa adequada a repreender o comportamento do munícipe que se desvirtuou das normas técnicas ou administrativas da obra licenciada ou que vinha sendo executada sem licença. A demolição compulsória é mais adequada a reprimir a obra clandestina, podendo a sanção administrativa ser aplicada também à obra licenciada que não comporta adaptação ou correção.³³

As sanções administrativas são aplicadas com esteio nas características da atividade de fiscalização para que sirva de exemplo aos administrados que pretendem desvirtuar o retilíneo desenvolvimento urbanístico da cidade. E se o Município se omite, em prejuízo dos

³³ José Afonso da Silva, ao comentar sobre os meios de atuação repressiva, anota: “a atuação repressiva de natureza administrativa realiza-se pela aplicação de sanções administrativas, que podem ser de natureza *pecuniária (multas)* ou *interdições de atividades* (visando a corrigir, por exemplo, infração às normas de uso), ou *embargos de obras* ou *demolição compulsória*. O *embargo de obra* consiste na determinação de paralisação da execução da obra expedida pela autoridade competente para exercer a polícia das construções. Fundamenta-se na conduta do particular infrigente de normas técnicas ou administrativas na construção licenciada ou realizada sem licença. A *demolição compulsória de obra* é a mais rigorosa medida administrativa. Deve aplicar-se apenas em casos extremos, em que a correção da infração não se possa realizar por outro meio. Pode verificar-se quer em relação à *obra licenciada* como à *obra clandestina*. Entende-se que, tratando-se de obra licenciada, a ordem de demolição não pode ser expedida sumariamente, pois primeiramente há que se estabelecer um processo, ouvido o interessado, no qual se desfça a licença, por anulação, revogação ou cassação, conforme o caso; só depois disso é que, se o interessado, por si, não providenciar a demolição, esta se deverá realizar compulsoriamente, inclusive com a força policial. Se a obra é clandestina, a ordem de demolição pode efetivar-se sumariamente” (*Direito Urbanístico Brasileiro, p.p. 457-458*).

interesses diversos, quais sejam, difuso, coletivo ou individual, compactua com o sobredito desvirtuamento, fazendo eclodir conflitos que vão ser lançados na jurisdição administrativa.

Na hipótese de ocupações sub-reptícias de grandes proporções e do acelerado ritmo das obras, em que a pronta remoção dos ocupantes e a demolição das construções iniciadas se revelem difíceis, justifica-se o acesso à justiça pela Administração Pública em desfavor de indivíduos participativos, objetivando manter a ordem urbanística. O mesmo se diga do loteamento clandestino.³⁴

Ao ser instada pelo administrado, por meio de requerimento que noticia os consectários da omissão, a Administração Pública não pode mais se manter inerte. Há de corrigir prontamente o que vem causando prejuízo ou colidindo com os interesses individuais, coletivos ou difusos. Ao receber requerimento formal de pessoa ou da coletividade atingida pela violação das normas de direito urbanístico, já se vislumbra um conflito apto a se transmutar em litígio na jurisdição administrativa. Os que ingressam na via administrativa clamando providências, estão, na verdade, formalizando pretensão, ocasião em que o Poder Público assume o dever de atuar, respondendo ou providenciando o que for devido aos administrados.

Do Município se exige uma resposta ao pleito administrativo. Integrando o Poder Público como pessoa jurídica de direito público mais próxima do cidadão, assume o dever de responder à petição que os administrados lhe dirigem. Do contrário de nada valeria o direito de petição assegurado no art. 5º, XXXIV, *a*, da Carta da República, mormente quando, no caso da omissão da fiscalização das ocupações e construções, os interessados comunicam a ocorrência de ilegalidade a ser corrigida.

Pode ser que a Administração Pública tenha deixado de assumir comportamento comissivo em virtude de desconhecer a prática do ato ilegal ou as conseqüências da sua própria omissão. Se conhecia a ilegalidade ou os consectários da omissão é a oportunidade que tem para verificar a veracidade do alegado pelos administrados, procedendo à diligência através dos seus órgãos de fiscalização e providenciando o que necessário for para corrigir o que se apresenta em desconformidade com as leis urbanísticas. Mantendo-se inerte, é chegada a ora do administrado ingressar em juízo.

³⁴ Lúcia Valle Figueiredo, ao comentar sobre o dever de fiscalizar pelo Município, entende que “incumbe à Administração para esse desiderato, dentro de sua competência-dever e sob pena de responsabilidade, não ficar inerte, muito pelo contrário, compete-lhe aplicar as medidas coercitivas facultadas pelo ordenamento jurídico. É dizer: embargo administrativo, embargo judicial, se necessário e aplicação de multas. Na hipótese de todas essas medidas administrativas revelarem-se insuficientes, cabe-lhe socorrer-se do Judiciário, pleiteando a providência hábil, a fim de corrigir o descumprimento pelo loteador” (*Disciplina Urbanística da Propriedade, p. 101*).

Malgrado no sistema judicialista ou da jurisdição única os administrados não estejam obrigados a esgotar a via administrativa, o exercício do direito de petição ao Poder Público, além de garantia constitucional representa uma tentativa de fazer com que o Município corrija a irregularidade ou faça cessar os efeitos da omissão, evitando que os atingidos ingressem em juízo em seu desfavor. A apresentação de petição na via administrativa funciona como arremedo de notificação reclamatória de providência, valendo como aviso de que o ente federado irá figurar no pólo passivo de demanda judicial. Ao mesmo tempo se traduz em via extrajudicial assemelhada a uma espécie de transação preventiva, na tentativa, outrossim, de evitar a deflagração de lide para compelir o Poder Público municipal a corrigir os efeitos da omissão.

De qualquer forma o protocolo do recebimento do requerimento administrativo serve para demonstrar a conduta inerte do Município, no tocante ao cumprimento do dever de fiscalização urbanística. Esta prova reforça a pretensão dos administrados por ocasião do controle jurisdicional, no caso de não obtenção da resposta e da omissão persistir, com os efeitos que devem ser comprovados nos autos da demanda judicial.

CAPÍTULO VII – CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

VII. 1 - O Acesso à Jurisdição como Garantia do Administrado

O acesso à jurisdição ou à justiça, como prefere a maioria dos autores – o direito de ingressar em juízo para deflagração e defesa de pretensões – está a merecer perpasso perante as Cartas Constitucionais, desde a instalação do Império.

A Constituição Imperial de 1824 não explicitou o direito de acesso à jurisdição, como se vê da leitura do art. 179, que tratava da inviolabilidade dos direitos civis e políticos. O acesso se dava de forma parcimoniosa. Ao cuidar do Poder Judicial nos arts. 151 a 164, a Carta da Monarquia fez previsão do duplo grau, através de dois níveis de jurisdição, quais sejam, juízes e jurados na primeira instância (art. 151) e Tribunais de Relação em cada Província, no segundo grau de jurisdição, além do Supremo Tribunal de Justiça, na Capital do Império (art. 163), sem estabelecer pressuposto recursal para se chegar a mais alta Corte de Justiça. Vê-se que, de certa forma, garantiu-se a todos os súditos o direito de ingressar em juízo para discutir suas pretensões, porém com limitações e controle do Poder Judicial pelo Imperador.

Em matéria de Fazenda Pública, ou seja, no que se refere à jurisdição administrativa, é certo afirmar que ela não era exercida pelo Poder Judicial e sim pelo Conselho de Estado, tendo em vista as atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 142, da Carta Imperial.³⁵ As atribuições eram mais consultivas do que jurisdicionais, tal como adotado por alguns países que instituíram o Conselho de Estado.³⁶ O Ato Adicional de 06/08/1834 extinguiu o Conselho

³⁵ Edson Alvisi Neves, com referência ao tema, anota: “Também é de se observar que o contencioso administrativo não estava sujeito ao julgo do Judicial, mas ao Conselho de Estado. Ainda, não competia ao Judicial, a análise de constitucionalidade, exclusivamente, função do Poder Moderador. Na realidade, o Poder Judiciário estruturado estava muito mais próximo da experiência colonial do que das aspirações externadas pela assembléia constituinte dissolvida, garantindo um rígido controle na estrutura judicial e na atuação jurisdicional” (*O Tribunal do Comércio, p. 194*).

³⁶ Jean Rivero registra: “Inúmeros países, nessa adaptação, têm ressaltado, como o Brasil, no Império, a *função consultiva* do Conselho de Estado mais do que a *função jurisdicional contenciosa*, a única significativa do ponto de vista jurídico. Mas é preciso observar, em compensação, que em todos os países em que o Conselho de Estado tem *competência contenciosa*, a influência institucional acarreta influência sobre a essência do direito, porque os Conselhos de Estado têm tendência a inspirar-se na jurisprudência de seu decano e modelo, o Conselho de Estado francês” (*Curso de Direito Administrativo Comparado, p. 155*).

de Estado. Consta, no entanto, que ele teve suas atividades reativadas no reinado de D. Pedro II.³⁷

Conclui-se que no Império havia acesso à jurisdição, pois todos os cidadãos podiam exercer o direito de ingressar em juízo e de recorrer até o último grau. Em matéria penal, os condenados desfrutavam, ainda, de mais uma garantia constitucional: pleitear perante o Imperador a revisão e a comutação das suas penas, em decorrência dos poderes do soberano, já que o Poder Moderador exercido pelo Imperador era “a chave de toda organização política” (art. 98, da Constituição Imperial).

A primeira Constituição Republicana, promulgada em 1891, igualmente, não encartou o acesso à jurisdição dentre a Declaração de Direitos a que se refere o art. 72. Contudo, ao cuidar do Poder Judiciário, nos arts. 55 a 62, o direito de ingressar em juízo restou implicitamente aclamado. É o que se vislumbra da apresentação da sua estrutura, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, com tripla competência: originária, recursal e revisional para reapreciação de processos criminais findos, que resultassem em condenação de réus (art. 59, nº 3 c/c art. 81). Além disso, a competência de juízes federais e estaduais para o processo e julgamento das causas no primeiro grau de jurisdição era expressamente prevista, com recurso para os Tribunais Federais e Estaduais (arts. 61 e 62), restando o duplo grau, conseqüentemente, facultado aos interessados.

A Constituição Federal de 1934, da mesma forma, não assegurou expressamente o ingresso em juízo para conhecimento e apreciação de lesão a direito individual. O art. 113, que versa inteiramente sobre direitos e garantias, também silencia acerca do acesso à jurisdição. Ao tratar do Poder Judiciário, todavia, observa-se uma apresentação sistematizada dos seus órgãos nos arts. 63 a 67, de modo a facilitar o acesso à jurisdição, ao vedar, no art. 68, a apreciação de questões exclusivamente políticas, deixando entrever que está à disposição dos jurisdicionados para o conhecimento de outras questões. Demais disso, através da divisão do Poder Judiciário em Federal e Estadual foi prevista a competência recursal dos órgãos de segundo e terceiro graus de jurisdição (arts. 76, 81, 83, 84, 104 e 105), afirmando-se, implicitamente, a facilitação da busca pela solução dos conflitos.

³⁷ Flávia Lages de Castro, registra que “o Poder Moderador permaneceu, prova máxima de que descentralizar não era de fato o objetivo e, apesar do Ato Adicional ter extinto o Conselho de Estado (e ter sido retomado assim que D. Pedro II subiu ao trono), o que este, provavelmente pretendia era, não uma federação, mas um governo central forte, tendo em vista a permanência do Poder Moderador, que misturava-se com uma certa descentralização através de pequenas concessões do poder para as províncias” (*História do Direito Geral e Brasil*, p. 385).

A Constituição Federal de 1937, na mesma diretriz da Carta Federal anterior, não se expressou pelo direito de ingressar em juízo. O art. 122, que igualmente cuida dos direitos e garantias individuais, silencia a respeito. Porém, apesar de ter sido imposta pelo Governo Vargas, não houve supressão da garantia de invocar o Poder Judiciário para cognição e apreciação dos conflitos, como se infere da leitura do art. 90, que apresenta parcimonioso rol dos órgãos integrantes do Poder Judiciário, sem aludir à Justiça Federal, quer em primeira, quer em segunda instância, ou à Justiça Eleitoral. Tal como procedeu a Constituição de 1934, ao Poder Judiciário foi vedada a apreciação de questões exclusivamente políticas, de acordo com o art. 94, ficando subentendido que o ingresso em juízo sempre esteve assegurado para apreciação das causas comuns.

A Constituição Republicana de 1946 encartou o acesso à jurisdição como garantia de todos brasileiros e estrangeiros aqui residentes, prescrevendo, no art. 141 § 4º, que “*a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*”. O direito de invocar o Poder Judiciário para cognição e apreciação do conflito, além de ter sido explicitado, foi estendido à Justiça do Trabalho, até então não reverenciada pelas Cartas anteriores, como se deduz da leitura dos arts. 122 e 123.

A Constituição Federal de 1967, apesar de promulgada em pleno regime militar, manteve, no art. 150 § 4º, a garantia individual anunciada na Carta Republicana anterior, com a mesma redação, reestruturando os órgãos do Poder Judiciário e restabelecendo a Justiça Federal e a Justiça Eleitoral, facilitando, portanto, o acesso à jurisdição, através da oferta de diversos juízos com competência para processar e julgar, nas três instâncias, as causas comuns e especiais (arts. 107, 114, 117, 119, 122, 130, 134 e 136). A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, conhecida como Constituição de 1969, seguiu o mesmo caminho apresentando idêntica redação que na renumeração do dispositivo anterior passou a ser o art. 153 § 4º.

Malgrado o acesso à jurisdição tenha sido assegurado na vigência da Constituição Federal de 1967, vale dizer, antes da edição da Emenda Constitucional nº 01, de 17/10/1969, houve sustação da garantia, uma vez que restou vedada a apreciação judicial dos atos administrativos expedidos pelo Presidente da República referentes à suspensão de direitos políticos de quaisquer cidadãos, por dez anos, cassação de mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, demissão, remoção, aposentadoria e disponibilidade de agentes públicos, servidores civis e militares, consoante dispunha o art. 11, do famigerado Ato Institucional nº 5, de 1968. O mesmo se vê da leitura de dispositivos dos Atos Institucionais nºs 7 (art. 9º), 11 (art. 7º), 12 (art. 5º), 13 (art. 2º), 14 (art. 3º), 15 (art. 4º), 16 (art. 8º) e 17 (art. 4º), todos expedidos em 1969, em decorrência do “regime de exceção”. Ditos Atos

Institucionais foram expedidos antes da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, também editada sob a égide do “estado de exceção”.

A Emenda Constitucional nº 01/69 legitimou e ratificou a prática daqueles atos arbitrários, como se infere da leitura dos arts. 181 e 182, que os aprovaram, subtraindo-os, mais uma vez, da apreciação pelo Poder Judiciário. Além disso, manteve a vigência do Ato Institucional nº 5, de 1968 e demais Atos Institucionais, respectivamente. O “estado de exceção” continuava.

O restabelecimento da garantia do acesso à jurisdição para aquelas matérias veio a ocorrer de forma implícita com a edição da Lei nº 6.683/79, que concedeu anistia política a todos que suportaram os efeitos dos Atos Institucionais. Mais adiante e de forma expressa, os arts. 8º e 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta da República, regulamentados pela Lei nº 10.559/02 banuiu, de uma vez por todas, a limitação do ingresso em juízo, prática ordinária do regime autoritário, que abalroa e colide com o Estado Democrático de Direito, garantido pelo art. 1º, da Lei Maior.

A Carta Federal promulgada a 5 de outubro de 1988, consagrada como Constituição cidadã, fez do acesso à jurisdição verdadeiro dogma, agora como garantia fundamental, ampliando o conteúdo da tradicional redação do preceptivo constitucional, insculpindo no art. 5º, XXXV: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. A ampliação da garantia fundamental se deve à inclusão da possibilidade de se ingressar em juízo para impedir a ameaça a direito. Ademais, o acesso à jurisdição foi facilitado por meio de diversos órgãos que integram o Poder Judiciário, de acordo com o que se infere do rol do art. 92, da Lei Fundamental.

A jurisdição é atividade estatal, uma vez que se cogita da primordial função de um dos Poderes da República, na conjugação dos arts. 2º e 3º, da Carta Federal com o art. 1º, do Código de Processo Civil. Embora não se perceba, a atividade do Poder Judiciário é desempenhada na mesma direção da atividade desenvolvida pelo Poder Executivo. A diferença reside apenas na natureza da função que ditos poderes exercem. Ao Executivo cumpre administrar; ao Judiciário compete julgar, muitas vezes contra a própria Administração Pública, através da jurisdição administrativa.

Ao prestar o serviço público ambos os Poderes objetivam alcançar as recomendações do art. 3º, da Lei Maior, quais sejam: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esse último objetivo, vale

dizer, promover o bem de todos, muito se ajusta à atividade jurisdicional, eis que se trata de função exercida por um dos Poderes da República para solucionar conflitos.

A jurisdição é resultado da manifestação da soberania do Estado. Vista como dever a jurisdição decorre da obrigação de responder às pretensões que lhe são dirigidas, acolhendo ou rejeitando os pedidos de natureza contenciosa e os requerimentos de índole voluntária. Os atos oriundos das atividades do Estado que não tiverem por fim alcançar esses objetivos, isto é, não se enquadrarem nessas atividades, não podem ser considerados jurisdicionais. Conseqüentemente, estão fora do poder-dever da jurisdição.

Como poder-dever do Estado tem-se que o seu exercício expressa de maneira contundente sua autoridade sobre os cidadãos. A função jurisdicional reafirma o Estado como a organização política mais importante da sociedade. O Estado propõe o direito que deve ser cumprido (função primária). Através da jurisdição impõe também o cumprimento desse direito (função secundária). Os fins da jurisdição são: solucionar conflitos de interesse, controlar as condutas anti-sociais e a constitucionalidade normativa. Como efeito, a atividade jurisdicional produz coisa julgada, característica ínsita desta espécie de função pública.

Assim, a jurisdição é poder, dever, função e atividade.

Considera-se poder, uma vez que a atuação jurisdicional é conferida constitucionalmente ao Poder Judiciário (arts. 5º, XXXV e 92, da Constituição Federal; art. 1º, do Código de Processo Civil). É dever porque, após entrar em funcionamento por provocação da parte ou do interessado (arts. 2º e 262, do Cód. Proc. Civil), vincula o Estado a resolver o conflito, prestando a tutela jurisdicional, não podendo o juiz se eximir de julgar, mesmo no caso de lacuna da lei (art. 126, do Cód. Proc. Civil; art. 4º, do Decreto-lei nº 4.657/42). Emoldura-se como função, por estar incumbida, através do processo, de resolver os conflitos de interesse, sejam individuais, sejam coletivos. É atividade, haja vista que o processo, sendo composto de várias formalidades envolvendo o juiz, partes e auxiliares da justiça, além de outros protagonistas, é desenvolvido para se chegar ao desiderato aguardado, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional, com a sua efetivação.

Com esses quatro atributos é certo afirmar que a jurisdição é o poder-dever-função-atividade do Estado, que por meio do *jus imperii* e do processo decide conflitos, impondo seu resultado aos litigantes, na função de dizer e realizar o direito. Em seguida para que o vencedor do litígio veja efetivado o que foi decidido, faz-se mister que as decisões judiciais sejam cumpridas. Desta forma, estar-se-á compactuando com o Estado de Direito.

O poder de dizer o direito é atribuição privativa dos órgãos do Poder Judiciário, ressalva que se faz ao art. 52, I, da Lei Maior em que, excepcionalmente, se verifica exercício

de jurisdição pelo Senado Federal.³⁸ Afora a exceção instituída pela Lei Maior, qualquer conflito deve ser resolvido pela atividade jurisdicional.

VII. 2 - A Justiça Administrativa (Contencioso Judicial Administrativo)

Por Justiça Administrativa ou jurisdição administrativa – também conhecida como Fazenda Pública em juízo – deve se entender a atividade jurisdicional, de índole contenciosa, especializada em processar e julgar demandas em que a Administração Pública figura como parte. O que caracteriza a jurisdição administrativa é o fato do conflito entre o administrado e a Administração Pública ter origem em comportamento comissivo ou omissivo na prestação do serviço público.

A jurisdição administrativa é de origem francesa, disseminando-se pela Europa a contar de relevante fato social. Em razão disso, aborda-se a evolução da jurisdição administrativa na França.

A jurisdição administrativa tem origem na Revolução de 1789, afirmando-se no Século XIX, desenvolvendo-se no Século XX, para ser adotada em diversos países europeus, como Bélgica, Espanha, Alemanha, Itália e Portugal. Adaptada para o escorreito exercício da atividade jurisdicional em Estados que perfilharam o Estado de Direito, a jurisdição administrativa, como órgão da Justiça Especializada, chegou à América do Sul, sendo capitaneada pela Colômbia, que a instituiu nos moldes da Justiça Administrativa francesa, adotando inclusive como órgão de hierarquia máxima o Conselho de Estado.

A instituição e o aperfeiçoamento da jurisdição administrativa serviram para frear o autoritarismo estatal, que compelia o cidadão a fazer o que a lei não mandava ou a não fazer o que era permitido. Após o seu advento, passou a vigorar um dos princípios formulados por Rousseau, qual seja, o do império da lei ou do “reino da lei”, abarcado pelo art. 5º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Antes disso, a Administração Pública – instrumento de atuação direta do soberano – se comportava como bem entendia. Beneficia, concedia isenções e desrespeitava direitos. Somente a doutrina considerava nulos os rescritos administrativos.

³⁸ Para Celso Antonio Bandeira de Mello, “no direito brasileiro, ao contrário do que ocorre na maioria dos países europeus continentais, há unidade de jurisdição. Isto é, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme art. 5º, XXXV, da Constituição. Assim, *não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário* para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados” (*Elementos de Direito Administrativo*, p. 62).

O princípio do império da lei, como o próprio nome está a indicar, impôs à Administração Pública a submissão dos seus atos à legalidade, impedindo, destarte, sua atuação arbitrária. Além disso, o sobredito princípio influenciou a eclosão de um outro, qual seja, o da responsabilidade política e pessoal de quem administra, com o ônus de prestar contas da gestão, toda vez que o cidadão lhe exigisse. O agente público passou a responder pelos atos praticados no exercício do poder, uma vez que administra em nome dos cidadãos como mandatário. A prática de atos ilegais fez com que se excluísse a legitimidade do poder de editá-los, erigindo-os em nulos para credenciá-los à invalidação.

A Revolução Francesa também abarcou o sistema lockeano perfilhado na América, em que o controle jurisdicional da Administração Pública é um corolário do princípio da sua submissão à lei, afastando o antigo sistema de “patrimonialização dos ofícios”, isto é, a privatização do serviço público, objeto até mesmo de sucessão por herança, com o afastamento dos cidadãos no seu ingresso. O sistema pós-revolucionário é o de concorrência para ingresso no serviço público. Os administradores são convolados em agentes de estrita obediência à lei.

A primeira Constituição Francesa, elaborada pela Assembléia Constituinte de Luis XVI, em 1791, fez alusão à Administração Pública, consagrando, dentre outros, os seguintes princípios: a) o poder de determinar as normas e o modo de administrar é da lei; b) inexistência de autoridade pública que se situe em plano superior à lei. Até mesmo o soberano a ela se subordina; c) o soberano pode invalidar os atos dos agentes contrários à lei; d) os agentes podem, igualmente, invalidar os atos dos seus subordinados contrários à lei. A conjugação desses princípios aclamou o que até hoje a Administração Pública deve se pautar: o da vinculação à lei, com o conseqüente controle dos atos administrativos, interno e externo, este de matiz jurisdicional.

O controle jurisdicional da Administração Pública, inicialmente, não foi admitido na França, tendo em vista que a Lei de 24/08/1790 estabeleceu rigorosa separação dos poderes entre a Administração Pública e o Poder Judiciário, o que restou recepcionado pela Constituição de 1791. O primeiro diploma legal era enfático no sentido de que: a) a função jurisdicional permanecia separada da função administrativa; b) sob pena de prevaricação os juizes não podiam interferir nas atividades da Administração, nem mandar citar os administradores no exercício de suas funções. O segundo diploma, isto é, a Lei Maior que recepcionou o primeiro, dispunha que os órgãos judiciários não podiam se imiscuir nas atividades do Poder Legislativo ou suspender a vigência das leis, interferir nas funções da

Administração, nem citar os administradores públicos. Com a reestruturação do Conselho de Estado, o controle jurisdicional restou admitido.

Em 1872 a Justiça Administrativa francesa – que exercia apenas a justiça retida (*justice retenue*), vale dizer, processava o conflito em que a Administração Pública figurava como parte mas não julgava, sugerindo ao soberano a decisão a ser tomada no caso apresentado – passou a exercer a justiça delegada (*justice déléguée*), processando e julgando. Em 1953 foram instituídos órgãos julgadores de primeiro grau, os chamados tribunais administrativos. Em 1987 ocorre a constitucionalização da Justiça Administrativa com o julgamento de 23 de janeiro, do Conselho Constitucional, que reconheceu a existência de duas jurisdições: a judiciária e a administrativa. A primeira com competência para processar e julgar os conflitos entre particulares; a segunda, para processar e julgar os litígios em que a Administração Pública, na prestação do serviço público, figure como parte, uma vez que a ela cumpre conciliar o exercício da função pública com os interesses dos particulares.

O controle jurisdicional da Administração Pública na França – através de uma jurisdição autônoma e especializada, com competência para processar e julgar litígios que envolvam as atividades inerentes ao serviço público, desempenhadas com lastro no serviço público – ainda se rege pela máxima “*juger l'Administration c'est encore administrer*”, ou seja, julgar a Administração é também administrar, o que se traduz numa exacerbada observância do princípio da separação dos poderes.

Em razão da Espanha ter sido um dos primeiros países europeus a instituir a Justiça Administrativa, comenta-se como se deu sua evolução.

A jurisdição administrativa remonta ao final do Século XIX, à Lei de Santa Maria de Paredes, de 13/09/1888, fixando a origem da atual jurisdição contencioso-administrativa. Funcionando inicialmente como jurisdição mista, composta de órgãos jurisdicionais e administrativos, não se pautou por um rigorismo excessivo da separação dos poderes como na França. A restrição se limitava à competência para executar as sentenças condenatórias, já que a tradição espanhola sempre foi no sentido da própria Administração dar cumprimento às resoluções judiciais, em regra de natureza declaratória. Com a edição da Lei reguladora da Jurisdição Contencioso-administrativa de 1956 foi estabelecida, no art. 103, competência ao órgão emissor do ato administrativo recorrido para executar as sentenças proferidas em desfavor da Administração Pública. A edição da Lei Orgânica do Estado, de 1967, de maior hierarquia, atribuiu, no art. 31, competência aos juízes e tribunais para executar os seus julgados.

Desde então surgiu controvérsia quanto à competência para executar as decisões proferidas contra a Administração, o que só veio a ser afastado com a edição da Constituição de 1978, que no art. 117.3, reiterou o conteúdo do art. 31, da Lei Orgânica do Estado, proibindo a qualquer outro órgão exercer funções atribuídas ao Poder Judicial. Contudo, a interpretação do art. 8º, da Lei reguladora da Jurisdição Contencioso-administrativa, de 1956, deixava entrever que havendo duas espécies de funções na execução de sentença, atribuídas a órgãos diferentes, vale dizer, execução propriamente dita à Administração e fiscalização ao Poder Judicial, a discussão continuou, mesmo após a edição da Lei Orgânica do Estado e da Lei Maior.

O Tribunal Constitucional concluiu que o poder de executar as decisões proferidas em face da Administração é do Poder Judicial, já que o art. 103, da Lei reguladora da Jurisdição Contencioso-administrativa, de 1956, se refere ao cumprimento voluntário das sentenças, aplicando-se, assim, os arts. 117.3, da Constituição e 8º, daquele diploma legal. Demais disso, a Lei Orgânica do Poder Judicial, de 1985, ratificou, no art. 2º, a competência dos juízes e tribunais para a execução em epígrafe, encerrando-se a problemática com a edição da Ley 29, de 13/07/1998, isto é, a *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* que no art. 103, coincidentemente, de uma vez por todas, fixou a competência do Poder Judicial para executar as sentenças e demais resoluções judiciais proferidas em desfavor da Administração. De acordo com o art. 24, da Constituição, a execução das decisões judiciais prolatadas contra a Administração pelo Poder Judicial é garantia do direito à tutela judicial efetiva.

Apresenta-se a evolução da jurisdição administrativa no Brasil.

No âmbito interno pode ser dito que houve uma tentativa de se instituir uma jurisdição administrativa, mas parece ter faltado coragem para especializá-la nos mesmos moldes dos países europeus. O esboço de contencioso administrativo – com atribuição para processar e julgar conflitos referentes aos servidores públicos estatutários ou celetistas da administração pública federal, à previdência social, inclusive relativa à infortúnica e de natureza fiscal, com previsão nos arts. 111 e 203, da Constituição Federal de 1967, na redação da Emenda Constitucional nº 01, de 1969 – ao que tudo indica, foi uma tentativa de subtrair a Administração Pública do controle jurisdicional.

Como se vê da redação das normas constitucionais que cuidavam da previsão do contencioso administrativo, havia anúncio de que ele não teria “poder jurisdicional”. Parece que se tencionava incentivar o indivíduo a litigar na via administrativa para, se vencido, ai sim demandar a Administração Pública, pois não estaria impedido de acessar à jurisdição. Para ele

não seria vantajoso. Após deflagrar sua pretensão na via administrativa e quiçá recorrer hierarquicamente chegaria processualmente esgotado para litigar em juízo, com indubitável vantagem para a Administração Pública, que sairia mais fortalecida por conhecer os fundamentos da pretensão do administrado. Pior para ele; melhor para a Administração Pública seria, com abandono maior do princípio da paridade de armas.

A lei que regulamentaria o contencioso administrativo “sem poder jurisdicional” não chegou a ser editada. Houve uma maior reflexão por parte dos que detinham o poder de editá-la, após o devido processo legislativo, na percepção de que aquelas matérias ficariam submetidas a uma jurisdição condicionada ao esgotamento da via administrativa, o que não seguiria a tradição nacional da jurisdição ampla e irrestrita. Verificando-se que se tratava de uma deturpação do contencioso administrativo de Estados europeus, já que “sem poder jurisdicional”, a idéia restou abandonada pela nova ordem constitucional.

No caso brasileiro, a Justiça Comum (Federal e Estadual) faz as vezes da Justiça Administrativa, toda vez que figurar como parte, em demanda judicial, uma das pessoas jurídicas de direito público ou da Administração indireta, isto é, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as fundações e as empresas públicas, sendo desinfluyente a matéria submetida ao controle jurisdicional, ou seja, se oriunda ou não da prestação de serviço público. Ditas pessoas jurídicas devem figurar como autoras, rés, assistentes ou oponentes em demandas aforadas na Justiça Federal ou na Justiça Estadual. No âmbito desta acrescenta-se ao rol daquelas pessoas jurídicas as sociedades de economia mista. Figurando ditas pessoas jurídicas como parte, estabelece-se o controle jurisdicional da Administração Pública.³⁹

Para caracterizar a jurisdição administrativa é mister que o conflito entre o administrado e a Administração Pública tenha origem na prestação do serviço público. Levando-se em conta exclusivamente a qualidade da pessoa jurídica e desprezando-se a prestação do serviço público – ao contrário do que ocorre nos países que a adotaram – a jurisdição não pode ser considerada administrativa e sim comum federal ou estadual, ainda que a Administração Pública figura como parte.

³⁹ Miguel Seabra Fagundes leciona: “quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas. Os conflitos, tomam, então, a forma de pleitos judiciais, estabelecendo-se o debate em torno da situação jurídica, de modo que seja possível esclarecer, definir e precisar com quem se acha a razão. Se com o Estado, negando direitos do administrado ou dele exigindo prestações, se com o próprio administrado, quando pede o reconhecimento de direitos, ou se revela insubmisso, alegando ilegalidade no procedimento administrativo” (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 133).

Assim, a jurisdição una, única ou judicialista é a adotada. A jurisdição bipartida, fracionada em judicial e administrativa, tal como instituída na França e em grande parte dos países europeus, como foi visto, não foi perfilhada pelo Brasil. Considerando a amplitude e o alcance da sobredita norma constitucional, que garante o acesso à jurisdição, é certo dizer que a sociedade e o administrado têm à sua disposição a jurisdição única para demandar a Administração Pública – sendo irrelevante não se denominar jurisdição administrativa – toda vez que, ao agir ou se omitir, cometer ofensa aos seus direitos ou interesses.⁴⁰ Relevante que em razão da qualidade da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público federal, estadual ou municipal o administrado possa demandá-la em juízo comum ou especializado, sem afastar o controle jurisdicional .

Considerando o que foi delimitado pela organização judiciária constitucional a Justiça Federal comum é a que se situa mais próxima do contencioso judicial administrativo, ou seja, da jurisdição administrativa, por levar em conta a qualidade da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público federal, desde que assuma a forma de empresa pública, figurando como parte autora, ré, assistente ou oponente, salvo se a demanda versar sobre falência, acidente do trabalho ou estiver submetida à Justiça Eleitoral ou à Justiça do Trabalho (art. 109, I, da Carta Federal). A sociedade de economia mista federal não desfruta do foro privilegiado da Justiça Federal, estando submetida à jurisdição estadual (Súmulas nº 517 e 556, do Supremo Tribunal Federal e 42, do Superior Tribunal de Justiça).

A Justiça Estadual exerce a jurisdição comum. No Rio de Janeiro, a jurisdição mais próxima da administrativa é a que os juízes exercem nas varas da fazenda pública, com competência para processar e julgar as demandas judiciais em que o Estado ou o Município do Rio de Janeiro, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista figuram como partes autoras, réis, assistentes ou oponentes. Nas demais comarcas a jurisdição mais próxima da administrativa é a que fica a cargo das varas cíveis, onde houver.

⁴⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, como estivesse se referindo ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, registra que, em Portugal, “a revisão constitucional de 1989 tipificou melhor o *direito de acesso à justiça administrativa* para tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados. O titular deste direito continua sendo o *particular* enquanto *administrado*. Todavia, o preceito constitucional garantidor do acesso à justiça pretende tornar claro que é sempre admitida a protecção jurisdicional administrativa de posições subjectivas (direitos e interesses), sem se limitar esta protecção à adopção de meios específicos de impugnação (exemplo: ‘recurso’ contencioso) ou à existência de determinadas formas de actuação da administração (exemplo: actos administrativos). Neste sentido se fala hoje do *princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa*. a qualquer ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos e a qualquer ilegalidade da administração deve corresponder uma forma de garantia jurisdicional adequada” (*Direito Constitucional, p. 658*).

Verificando-se o controle jurisdicional do dever de fiscalização urbanística, no caso da omissão da fiscalização das ocupações e construções, a função judicante também se aproxima da jurisdição administrativa pela qualidade do Município, ente federativo integrante da Administração Pública direta, que presta serviço público próprio ou centralizado.

O exercício da jurisdição administrativa não prescinde da observância de princípios. Como espécie de atividade jurisdicional – de índole especializada, no sistema judicial de países e comum, no sistema judicial brasileiro – rege-se pelos seguintes princípios: acessibilidade a todos os cidadãos, igualdade, independência, imparcialidade, paridade de armas, publicidade e entrega da prestação jurisdicional em prazo razoável.

O princípio da acessibilidade a todos os cidadãos traduz-se no direito de exigir do Estado-juiz a entrega da prestação jurisdicional em caso concreto e de obter resposta à sua pretensão, seja qual for sua natureza. A condição sócio-econômica do indivíduo participativo não é influente, bastando que o jurisdicionado apresente pretensão demandável em face da Administração Pública, afastando-se obstáculos que possam impedi-lo de ver apreciada a lesão ou a ameaça a direito, conforme encartado no art. 5º, XXXV, da Carta Federal, antes mencionado.

O princípio da igualdade ou da isonomia consagra que – do ponto de vista processual – as partes são credoras de direitos iguais, estando submetidas às mesmas obrigações, para que não ocorra quebra de isonomia de tratamento. O princípio tem lastro no *caput* do art. 5º, da Carta Federal, que cuida da isonomia e no art. 125, I, da Lei Processual Civil, quando dispõe que é dever do juiz dar às partes tratamento igual. Os prazos para a prática dos atos processuais, por exemplo, devem ser iguais para as partes, com as exceções elencadas nos arts. 188 e 191, do Cód. Proc. Civil.

O princípio da igualdade dá origem ao princípio da paridade de armas, que com ele se confunde, como sustentado por diversos autores⁴¹. Isto quer dizer que a Administração Pública, nos três níveis de governo, deve ser tratada da mesma forma que os indivíduos participativos. Estes têm os mesmos direitos que o Poder Público, inclusive de demandá-lo em decorrência dos seus comportamentos.

⁴¹ Fredie Didier Jr., ao comentar sobre o princípio da igualdade das partes, registra que “os litigantes devem receber tratamento processual idêntico; devem estar em combate com as mesmas armas, de modo que possam lutar em pé de igualdade. Chama-se a isso de paridade de armas: o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta. O processo é uma luta. A garantia da igualdade significa dar as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, etc.” (*Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, p. 44).

O princípio da paridade de armas, vinculado à igualdade das partes no processo, está também presente na jurisdição administrativa. O Poder Público – aqui inúmeras vezes chamado de Administração Pública – desfruta de posição processual privilegiada, mesmo quando figura como réu em demandas envolvendo sua atuação. O administrado vai enfrentar judicialmente o Executivo desconhecendo suas prerrogativas que, na verdade, constituem privilégios, como se verá. Afora isto, enfrentará um corpo jurídico altamente preparado e acostumado a bem defender seus interesses, além da presunção de legitimidade dos atos de gestão emitidos pela Administração Pública, nem sempre condizente com a realidade dos fatos apresentados.

Tem-se cognição da necessidade de se conceder à Administração Pública prazo maior para oferecer resposta ou recorrer, como estatui o art. 188, do Estatuto Processual, haja vista que a imensa estrutura organizacional dos entes públicos mais desenvolvidos se divide em multifários órgãos de atuação, além de lidar com interesses diversos dos administrados. Não pode, por isso, ser equiparado ao particular. Ademais a relação jurídica que dá origem ao litígio não é direito privado e sim de direito público, com reflexos na jurisdição administrativa, o que se credencia, por si só, a merecer regulamentação processual diferenciada da legislação comum.

A elasticidade dos prazos processuais se justifica. A concessão de outras prerrogativas, entretanto, abalroa o princípio da paridade de armas, uma vez que as partes devem ter as mesmas oportunidades de atuação processual. O princípio da paridade de armas porfia pelo efetivo reconhecimento da igualdade de oportunidades de atuação das partes para que o processo possa ser considerado justo⁴².

No caso da omissão do dever de fiscalizar as ocupações e construções torna-se mais difícil para a parte autora demonstrar que o Município podia agir, porém não quis. Sob as mais diversas alegações o Poder público municipal – máxime invocando a discricionariedade do poder de polícia administrativa – tentará justificar seu comportamento omissivo. Entrementes, observado o princípio do ônus da prova a que se refere o art. 333, I, da Lei

⁴² Juan Antonio Robles Garzón, ao comentar sobre o princípio da igualdade, anota: “Partiendo de la existencia en todo o proceso de dos posiciones enfrentadas (como veremos ahora al tratar de la dualidad de posiciones); es lógico pensar que un proceso justo debe dotar, a cada una de las mismas, a cada sujeto procesal parte, de las mismas oportunidades de actuación, no sería neutral aquel proceso que concediese mayores posibilidades procesales a una u otra parte. Por ello el principio de igualdad requiere que todo proceso jurisdiccional se construya respetando la llamada ‘igualdad de armas procesales’, es decir, asignando a las partes equivalentes medios de ataque y defensa.” (*Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil*, p. 119).

Processual Civil, o administrado, o cidadão e o Ministério Público, poderão, ainda assim, demonstrar o fato omissivo que ofende os interesses juridicamente protegidos.

Em alguns casos é o hipossuficiente que vai demandar a Administração Pública, sob o pálio da gratuidade de justiça. É sabido que ele encontra dificuldades até mesmo para acompanhar o feito, por falta de recursos. Em outros é o jurisdicionado que se encontra na iminência de ver o seu direito se esvaír caso não obtenha, desde logo, a efetivação da tutela jurisdicional. Mal sabe ele que mesmo concedida a liminar ou a antecipação de tutela, o Poder Público, logo adiante, poderá obter sua suspensão.

Essa brutal diferença de armas para digladiar processualmente deve merecer atenção especial dos juízes e tribunais competentes para as demandas que tramitam na jurisdição administrativa. A situação de inferioridade processual em que o administrado se encontra para litigar contra a Administração Pública – principalmente quando se trata de omissão do ato administrativo que deveria ter sido praticado – além de injusta, pela facilidade do Poder Público invocar o poder discricionário para justificar o comportamento inercial, atinge sua dignidade. A única parte que litiga com a Administração Pública e desfruta de parcimoniosas prerrogativas, apenas com relação aos prazos processuais, é o Ministério Público quando afora ação civil pública, para defender interesses difusos ou coletivos.

O princípio da independência, no caso da jurisdição, se confunde com o da autonomia da função jurisdicional. A decisão proferida na Justiça Federal ou na Justiça Estadual inadmite controle por qualquer outro Poder ou órgão diverso do jurisdicional, ainda que de maior envergadura. A resolução judicial só pode ser modificada pelo Tribunal Regional Federal ou pelo Tribunal de Justiça, se houver recurso. As decisões colegiadas prolatadas pelos sobreditos Tribunais, por sua vez, só podem ser modificadas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pela Corte Suprema, no caso de admissibilidade e conhecimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

A independência da jurisdição administrativa também pode ser chamada de incontrolabilidade. O controle do Poder Judiciário exercido pelo Conselho Nacional de Justiça não diz respeito à atividade jurisdicional e sim às suas funções administrativas e financeiras e ao cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, como se infere da leitura dos arts. 92, I-A e 103-B § 4º, da Carta Federal. Portanto, pode ser afirmado que a jurisdição em geral não está submetida ao controle por outro órgão quer pelo Poder Legislativo, quer pelo Poder Executivo, desfrutando de independência.

A jurisdição administrativa, do mesmo modo que a jurisdição comum, caracteriza-se pela sua “firmeza”, no linguajar ibero-americano, vale dizer, definitividade das decisões

provenientes da atividade que desenvolve na prestação dessa espécie de serviço público. A solução dada ao conflito envolvendo a Administração Pública, quando definitiva, deve ser executada ou cumprida pela jurisdição administrativa, a não ser que se apresse para, voluntariamente, corrigir o que judicialmente restou considerado lesivo ao interesse particular, coletivo, difuso ou público.

Instituída para decidir conflito envolvendo a Administração Pública, a jurisdição administrativa não deve ficar impedida de mandar executar as decisões prolatadas. Foi visto que a exacerbada reverência ao princípio da separação dos poderes originou a criação do Conselho de Estado da França, como órgão supremo da jurisdição administrativa e dúvida surgiu na Espanha sobre sua competência para compelir o Poder Público vencido a cumprir as resoluções judiciais, haja vista a vigência de dispositivos da legislação do contencioso administrativo de interpretação dúbia. Ao tratar do tema “Jurisdição e Administração” Juan Gálvez, com amparo em estudo de Fernando de La Rúa, que por sua vez se lastreia na teoria da separação dos poderes, registra o seguinte entendimento: “*quem faz as leis não as aplica nem executa; quem as executa nem as faz nem julga; e o que julga não as executa nem as faz*” (*Teoría General Del Proceso, p. 415*).

De acordo com esse entendimento a jurisdição administrativa não poderia dar execução à decisão porque julgou. Esse entendimento não condiz com a independência da jurisdição em geral. Ao reverso, o Poder que julga deve executar ou mandar cumprir suas decisões. Do contrário sua atividade não seria inerente a um Poder e sim a um órgão ou instituição.

Dispondo do monopólio do poder-dever de dizer o direito, com a exceção da situação prevista no precitado art. 52, I e II, da Carta da República, não há razão para subtrair da jurisdição a execução dos seus julgados, quer em desfavor do particular, quer em desfavor da Administração Pública. Muito ao revés, tendo tomado cognição da lide desde o início e tendo procedido à densidade do ato administrativo que deu origem ao litígio, nada mais condizente do que dar continuidade ao processo. Até porque, na verdade, não se cogita, em muitos casos, de execução e sim de cumprimento de sentença, uma *longa manus* da fase cognitiva.

O princípio da imparcialidade deve ser visto como aquele que diz respeito à total isenção do exercício da atividade para decidir litígio envolvendo a Administração Pública. No caso do controle jurisdicional do dever de fiscalização urbanística, o simples fato de o Município figurar como parte não é o suficiente para a jurisdição acolher a alegação de que o seu comportamento está amparado no interesse público, no poder discricionário, no problema social ou em qualquer outra que justifique sua omissão. O juiz, no desempenho da atividade

jurisdicional em que o Município figura como parte deve examinar, com muito mais profundidade, as provas produzidas, de forma a contrabalançar o verdadeiro interesse a ser judicialmente protegido.

Além de nortear toda atividade jurisdicional, conforme estatuído nos arts. 5º, LX e 93, IX, da Constituição Federal e 155, do Cód. Proc. Civil, o princípio da publicidade está mais do que presente na atividade jurisdicional. Como analisado, a Administração Pública dos três Poderes, dentre outros, deve se pautar pelo princípio da publicidade, de acordo com o art. 37, da Lei Fundamental. Se o processo deflagrado na jurisdição administrativa envolve, *in casu*, o Município, nada mais correto do que dar publicidade à atividade desenvolvida.

O exercício da jurisdição administrativa não pode se protrair no tempo, deixando o jurisdicionado na expectativa prolongada de obter o resultado do processo, máxime quando ele litiga com a Administração Pública. Ele não pode se cansar ao extremo de fazer com que se desinteresse pela solução da lide e a Administração Pública se acomodar, no errôneo entendimento de que será vencedora, em razão da demora da entrega da prestação jurisdicional. A solução da demanda deve ser apresentada tão logo o processo esteja em condições de ser julgado. No exercício da função jurisdicional, comum ou especializada, o juiz deverá velar pela rápida solução do litígio (art. 125, II, do Cód. Proc. Civil).

A atividade jurisdicional se traduz em serviço público da maior relevância. Por isso restou introduzido no art. 5º, da Lei Maior, o inciso LXXVIII, pela Emenda Constitucional nº 45/04, que proclamou o princípio da razoável duração do processo ou da entrega da prestação jurisdicional em prazo razoável. A prolação da decisão em tempo razoável é garantia do bom funcionamento da jurisdição. A entrega da prestação jurisdicional tardia erige o processo em injusto, podendo prejudicar direito do administrado, às vezes de natureza fundamental.

O controle jurisdicional da Administração Pública é exercido pela jurisdição comum federal ou estadual, que se aproxima da jurisdição administrativa, como foi analisado. Tratando-se do dever de fiscalização urbanística das ocupações e construções, o Município vai se submeter ao controle jurisdicional por agir omissivamente, pois deveria ter assumido comportamento comissivo. A conduta do administrador público não está acima de qualquer cidadão. Ao reverso, todos os seus atos estão direcionados a alcançar o bem-estar do maior número possível de administrados.

Cogitando-se da Administração Pública municipal, há muito mais razão para atuar com eficiência, uma vez que está bem próxima da coletividade. Dela se exige a prestação de serviço público que for de melhor para os munícipes, notadamente no que diz respeito ao dever de fiscalizar as ocupações e construções no seu território, como foi visto. No entanto, o

que se vê na prestação do serviço público municipal é a acomodação da Administração Pública, que se mantém inerte e omissa.

Depois de demandada busca, cada vez, mais prerrogativas, que acabam sendo erigidas em privilégios. Isso quase sempre ocorre quando o Estado, ou seu representante, figura no pólo passivo das demandas judiciais. Observe-se que há uma tendência do Poder Público de afastar o controle jurisdicional dos atos administrativos que emite, sob a alegação de que: a) devem ser vistos como discricionários; b) ao Judiciário não cabe apreciar o mérito administrativo; c) a decisão deve ser revista, no interesse público.

O administrado deve ter a oportunidade de buscar da Administração Pública uma resposta às pretensões fundadas na relação jurídica de direito público que com ela mantém. Para tanto, pode se socorrer dos requerimentos e recursos, inclusive o hierárquico – que é sempre recomendável para o facultativo esgotamento da via administrativa – já que residente em país garantido pelo Estado de Direito. O acesso à justiça, porém, lhe é sempre facultado, como garantia constitucional.⁴³

Os atos administrativos referentes à polícia administrativa do Município e dos demais entes federativos estão submetidos ao controle pela Justiça Administrativa. O controle jurisdicional se opera através do ajuizamento das ações adequadas a fazer valer as pretensões.⁴⁴ A Administração Pública se sujeita ao controle jurisdicional dos seus comportamentos na prestação do serviço público, eis que podem estar em desconformidade com as normas legais e regulamentares, sejam eles comissivos, sejam omissivos.⁴⁵

O controle jurisdicional é possível, por se entender que tanta a ação quanto a omissão são formas de comportamento da Administração Pública. E se não há opção de atuação da

⁴³ Michel Fromont, ao comentar sobre os órgãos da Justiça Administrativa, registra: “En principe, dans un État de droit, le contentieux administratif devrait être confié exclusivement à des juridictions. Toutefois, certains pays jugent souhaitable de confier l’examen des réclamations en matière administrative à de simples autorités administratives présentant certaines garanties; mais, en général, il y a toujours une possibilité, au moins théorique, de provoquer ensuite un véritable procès devant une véritable juridiction” (*Droit Administratif des États Européens*, p.p. 111/112).

⁴⁴ Diógenes Gasparini entende que “os atos de polícia administrativa são administrativos e como tal submetem-se aos controles vigentes (administrativo e judicial) a que se subsumem os atos e comportamentos da Administração Pública em geral. De sorte que contra eles cabem os recursos administrativos (recurso hierárquico) e judiciais (mandado de segurança, ação civil pública, ação popular) para obstar os gravames que podem causar aos administrados, à própria Administração Pública e à coletividade (interesses difusos)”, *in* *Direito Administrativo*, p.121.

⁴⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello, ao comentar sobre o princípio do controle judicial dos atos administrativos, sublinha que “é ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígio de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com os atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis” (*Elementos de Direito Administrativo*, p. 62).

autoridade administrativa, no caso do exercício do poder de polícia das ocupações e construções no Município, diz-se que está jungida a obedecer à norma predeterminada de comportamento único, daí porque se submete ao controle jurisdicional administrativo.⁴⁶ De qualquer sorte, o exercício do poder de fiscalização se convola em “obrigação estatal”. A ação ou a omissão se submete ao controle jurisdicional.⁴⁷

Outrora, se entendia que à Administração Pública, com exclusividade, cabia avaliar a conveniência e a oportunidade da prática dos atos administrativos decorrentes do exercício dos seus poderes, notadamente o de polícia. Admitia-se o exame da validade do ato administrativo no tocante à competência da autoridade que o expediu, à observância da forma prescrita em lei e a finalidade a se alcançar com a sua expedição. Conseqüentemente, o motivo e o objeto estavam fora da apreciação judicial.

A avaliação da necessidade de assumir comportamento positivo para coibir a prática de ato pelo administrado ou para a Administração Pública agir, de acordo como o entendimento superado, não cabia ao Poder Judiciário, uma vez que a atividade jurisdicional não tinha condições de aferir se o interesse público estava presente. Sob o argumento de invasão do mérito administrativo, a função jurisdicional não estaria habilitada a decidir acerca da fiscalização para expedir resolução judicial determinando o cumprimento de prestação de fazer em matéria urbanística.⁴⁸

Esse entendimento restou superado pela nova redação dada à norma constitucional que cuida do acesso à jurisdição. A redação do art. 153, § 4º, da Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda Constitucional 01/69, não é a mesma do precitado art. 5º, XXXV, da

⁴⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello, em outro estudo, assevera que se a norma é predeterminada para o administrador público assumir um comportamento único de forma objetiva o ato administrativo é vinculado; se há um campo de liberdade para a atuação do administrador com possibilidade de apreciação subjetiva, o ato administrativo é discricionário (*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 9).

⁴⁷ Juarez Freitas afirma que “de mais a mais o exercício do ‘poder de polícia administrativa’ reveste-se, bem pensado, da característica de ‘obrigação estatal’, submetida ao controle do ‘demérito’ por ação ou omissão, pois a intervenção da ‘polícia administrativa’ torna-se obrigatória toda vez que presentes os pressupostos da atuação indispensável à coexistência ordenada das liberdades” (*Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, p.p. 90-91).

⁴⁸ Luis Roberto Barroso, ao desenvolver estudo sobre “A possibilidade de Controle Judicial do Mérito do Ato Administrativo”, sustenta que “o conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma, finalidade), e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz)”, *in Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 376.

Carta Federal que houve por bem incluir a ameaça a direito como garantia fundamental ao lado da lesão a direito.⁴⁹

Após a promulgação da Carta Política, em 05/10/88, com a amplitude constitucional do acesso à justiça, restou fixada a competência do Poder Judiciário para apreciar não só a omissão da fiscalização das ocupações e construções irregulares pelo Município, como também a violação daqueles interesses, para que não ocorra supressão do direito fundamental do titular de ver apreciado o exame da lesão ou ameaça a direito, consoante o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federativa, antes mencionado.

VII. 3 - O Controle Jurisdicional do Dever de Fiscalização Urbanística

O acesso à jurisdição se dava, apenas, para proteger direitos individuais, máxime na ocorrência de ocupação de área urbana para construção e moradia, onde o particular invocava um dos direitos de vizinhança. Comumente o vizinho prejudicado com o comportamento do outro intentava ação de reintegração de posse, ação de nunciação de obra nova, ação demolitória, ação cominatória e outras adequadas a solucionar conflitos de vizinhança. A administração Pública raramente figurava como litigante nesses conflitos. Não se falava em controle jurisdicional do dever de fiscalização urbanística.

O panorama jurídico-processual sofreu sensível modificação com o advento da Lei nº 7.347/85. Este diploma legal disciplinou a ação civil pública por danos causados, dentre outros, a qualquer interesse difuso ou coletivo e à ordem urbanística (art. 1º, IV e VI), sem prejuízo da ação popular, quando a omissão da fiscalização pela Administração Pública municipal deixa ocorrer lesão ao patrimônio público, como, *verbi gratia*, aos bens de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, do domínio do Município, conforme previsto no art. 1º § 1º, da Lei nº 4.717/65. Imagine-se omissão da fiscalização de tal ordem

⁴⁹ Carlos Bernardo Alves Aarão Reis salienta: “o que se constata é que o conceito de ‘interesse público’, em virtude de seu alto grau de fluidez, tem sido considerado, pelos próprios administradores públicos, e por parte da doutrina mais, digamos, ‘conservadora’, como passível de ser estabelecido e delineado com exclusividade pela própria Administração, rechaçando-se, como já mencionado, qualquer possibilidade de intervenção do Judiciário, esquecendo-se, adrede ou não, que, conforme leciona Emerson Garcia ‘(...) o administrador não pode utilizar-se dos poderes que lhe são outorgados pela lei ao seu bel-prazer (...)’, pois ‘esses poderes, que melhor se enquadram sob a epígrafe poderes-deveres, são meros instrumentos utilizados para se atingir o fim que é peculiar à própria existência do Estado, o bem de todos’ (Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discricionariedade Administrativa), *in Revista do Ministério Público*, nº 21, p.p.67.

que o Município não perceba a ocupação e o início de obras em prédio tombado, situado não muito distante da sede da Prefeitura.

Se não fossem a Constituição da República e a Lei nº 7.347/85, o Estatuto da Cidade, por si só, serviria para recomendar ao Poder Público municipal a assunção de um comportamento positivo, objetivando coibir as ocupações desordenadas de áreas urbanas e as construções irregulares, para não ocorrer o abaloamento do art. 2º, IV, VI, *a, c, fe g*, XII e XIV, da Lei nº 10.257/01. Assim, pode ser dito que o direito urbanístico conta também com o Estatuto da Cidade, instrumento de preservação e manutenção da ordem, no interesse de todos que residem ou são domiciliados no Município.⁵⁰

A omissão da fiscalização das ocupações e construções irregulares pela Administração Pública traduz-se em comportamento que acarreta flagrante desordem urbanística, como corolário do *non facere* do seu poder-dever, que culmina por originar a infringência não só das suas próprias leis como também do estatuto federal que dispõe sobre o interesse público na preservação e manutenção da ordem jurídica dos municípios.

Em se verificando a inércia do Município no sentido de coibir as ocupações desordenadas de áreas urbanas e construções irregulares, com violação de normas do direito urbanístico, a coletividade, representada pelo Ministério Público, entes e pessoas jurídicas de direito público ou privado podem ajuizar ação civil pública para defender o interesse difuso ou coletivo (art. 129, III, da Carta da República; art. 5º, da Lei nº 7.437/85), como se verá. A deflagração da ação civil pública, no caso do comportamento omissivo da Administração, objetiva corrigir a desordem urbanística instalada no Município, sem que seu julgamento constitua invasão do Judiciário nas atribuições conferidas ao Executivo.⁵¹

⁵⁰ Éilda Séguin assinala que “o direito urbanístico é a resposta das mazelas citadinas e solução para seus habitantes. Uma obrigação do Poder Público e um entrave para a ganância de determinados políticos e empresários. Nas cidades, a eficácia da intervenção governamental perpassa pelo enfrentamento de situações críticas, como as invasões para habitação em área de risco” (*Estatuto da Cidade, p. 22*).

⁵¹ Eduardo Santos de Carvalho, com esteio em entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, consigna: “Sempre que a lei regula de forma vinculada a atuação administrativa, obrigando a administração a um determinado comportamento, não se pode falar em insindicabilidade dessa atuação, justamente porque existindo o dever de atuar, não há margem para qualquer consideração de ordem técnica e política. (...) sendo assim, e se há uma norma no sistema que estabelece para a administração o dever de agir em determinada situação, o descumprimento do dever é pura e simplesmente violação de lei, como tal passível de corrigenda pelo Poder Judiciário. Em síntese: onde há dever legal, não pode haver opção discricionária pela omissão. O administrador que descumpra a lei não age no exercício da legítima liberdade discricionária, mas sim no campo da ilegalidade e da arbitrariedade: não existe discricionariedade *contra legem*” (Ação civil pública: instrumento para implementação de prestações estatais positivas), *in Revista do Ministério Público, nº 20, p.p. 74-75*.

O administrado prejudicado no seu direito pela omissão do Município em fiscalizar as ocupações e construções ou atingido no seu patrimônio pelo ilícito cometido por outrem, pode também exigir do Poder Judiciário a tutela judicial adequada em matéria urbanística. O administrado pode, outrossim, deflagrar ações judiciais em desfavor do ente federativo para obrigá-lo a deixar a leniência, compelindo-o a corrigir os efeitos da sua omissão, qual seja, mandar executar a remoção dos ocupantes das áreas urbanas e demolir as construções irregulares. No caso do comportamento inercial persistir, nas situações em que a Administração Pública deve agir, estão legitimados, em situações de urgência, a impetrar mandado de segurança ou aforar, dentre outras, ação de preceito cominatório ou de prestação de fazer e ação de indenização, como adiante será explorado.

Estudo até aqui realizado vem demonstrando que a omissão da Administração Pública: a) colide com o interesse público ou difuso e abalroa direitos coletivos ou individuais constantes da Lei do Parcelamento do Solo (arts. 6º, 7º, 8º, 10, 12 e 16), do Estatuto da Cidade (arts. 2º, IV, VI, *a, c, f e g*, XII e XIV, 39, 40 e 41), do Código Civil (arts. 99, I e 1299) e das leis de posturas municipais; b) compactua com a prática de ilícitos perpetrados por munícipes em qualquer situação de ocupação ou construção irregular; c) dá origem à degradação urbanística, à agressão do meio ambiente, a parcelamentos do solo e a construções de prédios, lojas comerciais, casas e casebres, de forma irregular; d) permite que se construa em área sujeita a desmoronamento e a deslizamento, colocando em risco a vida e a integridade física de quem assim procede, sua família e de vizinhos; e) propicia a formação de uma favela; f) desvaloriza imóveis pertencentes a munícipes contíguos ou próximos dos locais ocupados ou das construções irregulares. Ditos consectários inexistiriam se, ao invés da omissão, a Administração Pública assumisse, desde logo, comportamento comissivo, não só fiscalizando como também reprimindo coercitivamente a conduta dos munícipes que violaram as normas urbanísticas.

De outra parte, a falta de esclarecimento de grande parte dos administrados afasta o direito de acessar à jurisdição, o que se faz mister corrigir como corolário da mudança de paradigma da atividade jurisdicional, que hodiernamente se encontra à disposição de todos que suportam ofensa aos direitos individuais ou coletivos, quer por comportamento comissivo, quer por conduta omissiva da Administração Pública. Como se sabe a Justiça Comum ou a Justiça Administrativa é o local para o embate, pois o comportamento omissivo – fato gerador da insatisfação da coletividade e do administrado atingido pela omissão –

propicia a eclosão de controvérsia que termina por exigir solução a ser apresentada nos autos de mais um processo judicial.⁵²

Ultimamente vem se observando a decadência da boa administração municipal, com a transferência compulsória da prática de atos administrativos para o Poder Judiciário, através de liminares e de decisões substitutivas da vontade da autoridade pública. Isso se deve à má prestação do serviço público. Trata-se de uma espécie de judicialização dos atos inerentes ao exercício dos poderes administrativos, que enfraquece a credibilidade no Executivo e fortalece a credibilidade no Judiciário, mas se apresenta como a única solução para corrigir a omissão.

À Administração Pública cabe adotar procedimentos comissivos e expedir os atos administrativos da sua competência, uma vez que – consoante restou analisado no Capítulo pertinente aos seus poderes, onde se abordou as características e os atributos da sua atividade – pode dispor da coercitividade e da auto-executoriedade, o que por ela vem sendo olvidado. Se não atua, abre caminho para o administrado buscar da atividade jurisdicional o que não obteve na via administrativa, já que a função judiciária é substitutiva da vontade de quem deve agir mas prefere se manter inerte.⁵³

⁵² Como diz Pierre Bourdieu: O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomus*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social (*O Poder Simbólico*, p. 212).

⁵³ Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manoel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, com lastro em Antoine Garapon, in *Le Gardien de Promesses*, Paris, ed. Odile Jacob, 1996, p. 36, registram que na sociedade democrática o Estado tudo pode satisfazer, remediar e atender. “Daí que diante da sua decadência, as esperanças nele depositadas se transfiram para a Justiça. Doravante é nela, e via de consequência fora do Estado, que se encaminha a realização da ação política. O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público” (*A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, p. 25).

CAPÍTULO VIII – MEIOS DE CONTROLE E TUTELA JURISDICIONAL

O controle jurisdicional do dever de fiscalização urbanística é exercido pelos meios processuais adequados a corrigir os efeitos da omissão do exercício do poder de polícia pelo Município. Este, *in casu*, passa de controlador e fiscal das ocupações e construções a controlado pela atividade jurisdicional. Seu comportamento omissivo, como foi analisado, ofende direitos e interesses diversos, daí figurar no pólo passivo de demandas judiciais em que o administrado, o cidadão e o Ministério Público se posicionam como autores.

Trata-se de situação inusitada do ponto de vista processual. O Poder Público encarregado de fiscalizar ocupações e edificações, ao invés de agir – no exercício de uma das funções que lhe foram delegadas constitucional e legalmente, para bem administrar os comportamentos dos administrados, no interesse público e coletivo – nada faz, quando o seu poder-dever estava direcionado à prevenção e à repressão das irregularidades. De autor, *exempli gratia*, de ação de nunciação de obra nova – posta à disposição do Município para impedir que o munícipe construa em desconformidade com a lei, regulamento ou postura (art. 934, III, do Cód. Proc. Civil) – posiciona-se como réu, para ser compelido a fazer o que deveria ter feito, indenizar prejuízos causados com a omissão ou ser condenado a mandar remover pessoas e demolir construções que prejudicam o administrado ou a coletividade.

Cumprе registrar que o ente federado municipal teve duas oportunidades para atuar comissivamente: a via administrativa, com lastro nos poderes da coercitividade e da auto-executoriedade e a via judicial, em decorrência do acesso à jurisdição, que também se presta a socorrer as pessoas jurídicas de direito público, não só através da ação de nunciação de obra nova, antes mencionada, como também por meio de qualquer outra providência adequada a impedir o dano à ordem urbanística e ao meio ambiente urbano. Todavia, quando nada faz, quedando-se inerte, poderá ser compelido judicialmente a corrigir os consectários da omissão e até mesmo a suportar o pagamento de multa, como previsto na Lei Processual Civil e nas leis que regem cada uma das medidas judiciais colocadas à disposição dos jurisdicionados.

O resultado é o posicionamento do Município como réu nas seguintes demandas: ação de prestação de fazer ou de preceito cominatório, ação de indenização, ação popular e ação civil pública. Cada uma dessas medidas judiciais objetiva proteger interesse distinto.

Pode estar presente o interesse particular, o interesse coletivo ou o interesse difuso. É o estudo que se dá início.

VIII. 1 – Ação de Prestação de Fazer

Ao invés de denominá-la de ação de obrigação de fazer – por não ter o ente federativo obrigação e sim dever de fiscalizar – a ação de prestação de fazer, com opção de substituição pela ação de preceito cominatório, objetiva compelir o Município a se comportar comissivamente, por haver – na omissão do dever de fiscalização – prejudicado o uso da propriedade individual ou coletiva.

O Município, *verbi gratia*, se omitindo, deixa incorporadora e construtora erigir prédio composto de andares que ultrapassam o gabarito permitido pelo regulamento de construção civil, prejudicando o arejamento e a iluminação dos imóveis lindeiros, inclusive o sol da manhã de uma pequena praia local, de acesso ao público. Em outro exemplo, tolera e não procede à remoção de barracos construídos no final da rua sem saída e nas calçadas – com sustentação no muro dos proprietários dos imóveis, situados em bairro da Zona Sul – por indivíduos que alegam não ter onde morar. Os proprietários, contribuintes do IPTU, com alíquota máxima sobre elevado valor venal, corrigido no ano passado, requereram há alguns meses providências à Administração Pública, que se manteve inerte sob a alegação do grande problema social referente à moradia. Nos dois exemplos só resta o aforamento da ação de prestação de fazer ou de preceito cominatório, no primeiro caso pela coletividade atingida; no segundo pelos proprietários prejudicados pela omissão.

O objeto da ação de prestação de fazer consiste na condenação do ente público a fazer algo, por estar vinculado, por força de lei, a agir comissivamente, interditando a construção, na hipótese da incorporação imobiliária ter ultrapassado o gabarito, e demolindo os barracos erigidos no bem público de uso comum do povo. A ação de prestação de fazer ou de preceito cominatório tem lastro no art. 287, da Lei Processual Civil, devendo a sentença condenatória ser cumprida com observância das normas do art. 461 e §§ do mesmo diploma legal. A propósito o seguinte aresto:

Prefeitura – Poder de Polícia – Omissão – Caracterização. A construção de barracos na calçada, em torno do muro de proteção de propriedade do autor, caracteriza omissão da prefeitura no exercício do poder de polícia para impedir a má utilização do bem de uso comum do povo. A omissão abusiva gera o direito

subjetivo daquele que é diretamente prejudicado, facultando-lhe a propositura de ação de preceito cominatório para compelir a Prefeitura a desobstruir o bem de uso comum (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 1ª Câmara Cível, apelação cível nº 1.548/89, relator Des. Martinho Campos, acórdão unânime, registrado em 04/06/91, publicado no Diário Oficial de 14/02/91, disponível em <http://www.tjrj.jus.br>).

VIII. 2 – Ação de Indenização

A ação de indenização – que tem como causa de pedir a omissão do dever de fiscalização das ocupações e construções – é proposta pelo administrado em desfavor do Município. Tanto o Prefeito municipal quanto os agentes públicos que se omitiram no dever de fiscalização urbanística têm responsabilidade civil perante os munícipes que são seus administrados. Malgrado exista vinculação entre o munícipe e o ente federado, como corolário da fixação da residência ou do domicílio do primeiro, na circunscrição territorial do segundo, com relação ao comportamento ilícito que causa dano ao administrativo não há vínculo jurídico.

Portanto, o munícipe é terceiro no tocante à responsabilidade. Pode ser dito que ela é extranegocial ou, como prefere a maioria dos doutrinadores, extracontratual ou aquiliana, de índole indireta. De fato, a relação jurídica entre o munícipe e o Poder Público local diz respeito às regras de obediência às leis e aos regulamentos do ente federativo, que devem ser observadas pelo primeiro, e a prestação de serviço público pelo segundo, em razão da proximidade de um com o outro.

A responsabilidade civil do Município no que atine ao administrado, equiparado ao terceiro, é objetiva, vale dizer, independe de comprovação de culpa, consoante estabelecem os arts. 37 § 6º, da Carta Federal e 43, do Código Civil. É indireta, por depender, para sua caracterização, de atuação administrativa comissiva ou omissiva da autoridade municipal ou de seus agentes, nessa qualidade. Quando não se sabe quem deveria agir para que o prejuízo não fosse causado, diz-se que ocorreu falta anônima e que, em casos tais, a responsabilidade civil é subjetiva, dependendo de comprovação de dolo ou culpa.

A ação e a omissão são formas de comportamento do ente público. Ambas as condutas podem causar prejuízo ao munícipe. Quando a omissão da fiscalização das ocupações e construções acarreta prejuízo – estando presentes os demais elementos essenciais do ato ilícito – o Município fica obrigado a indenizar, com ou sem comprovação de culpa. Se assim não fosse o ente público ocuparia posição acima da lei, que aclama sua

responsabilidade civil de indenizar, sempre que o prejuízo restar demonstrado, reprovando todo comportamento contrário ao direito. É o que dispõem os arts. 186 e 927, do Código Civil, na ausência de normas específicas do Direito Administrativo para aplicação no âmbito do controle jurisdicional da Administração Pública.

Em certos casos a omissão do dever de fiscalização das ocupações e construções causa prejuízo ao administrado, sem possibilidade da situação reverter ao *status quo ante*. Não há mais como compelir a Administração Pública a mandar remover pessoas ou demolir construções, através da ação de prestação de fazer ou de preceito cominatório. Ao administrado prejudicado, ofendido no seu patrimônio, só resta deflagrar ação de indenização pleiteando a reparação civil do dano. O que não se admite é a impunidade civil, devendo o ente federativo responder por perdas e danos. É o que se infere do seguinte aresto:

Responsabilidade civil do Município. Danos causados a proprietário de imóvel. Favela-Bairro. Assentamento de população carente em região nobre unifamiliar. Desvalorização da propriedade privada. Construção de conjuntos de casas em desacordo com a legislação reguladora e em local impróprio. Violação do Plano Decenal da Cidade do Rio de Janeiro. Omissão do Poder Público. Falta anônima do serviço. Negligência na fiscalização, permitindo a construção irregular de novas unidades residenciais e comerciais na área ocupada, recrudescendo as condições negativas de vida dos moradores. Responsabilidade objetiva pelo só fato da obra e subjetiva quanto a omissão do poder-dever de agir para impedir a ocupação irregular do solo urbano. A edição de lei posterior ao ato lesivo, não tem o condão de afastar a sua ilicitude (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2ª Câmara Cível, apelação cível nº 8.325/01, relator Des. Fernando Cabral, registrado em 23/05/02, publicado no Diário Oficial de 21/02/02, disponível em <http://www.tjrj.jus.br>).

VIII. 3 – Ação Popular

A ação popular foi instituída como meio de proteção do patrimônio público pela Constituição Federal de 1934, que no art. 113, nº 38, disciplinou a providência judicial, ao tratar dos direitos e garantias individuais. A Carta Federal imposta por Getúlio Vargas, em 1937, não reproduziu o dispositivo legal no elenco do art. 122 referente aos direitos e garantias individuais.

A Constituição Federal de 1946 restabeleceu o preceito no art. 141 § 38, regulamentado pela Lei nº 4.717/65, que até os dias de hoje disciplina o processo e o procedimento da demanda popular. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01, de 1969 a mantiveram como garantia individual, nos arts. 150 § 31 e 153 § 31,

respectivamente.

A Constituição Federativa de 1988, no art. 5º, LXXIII, dispõe: “*qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas e do ônus da sucumbência*”. Dessa forma, a norma constitucional que trata da ação popular dá legitimidade ao cidadão para invalidar ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A legitimidade extraordinária outorgada ao cidadão pelo preceito constitucional se deve ao fato de a proteção do patrimônio público transcender o interesse individual. O interesse não é de um indivíduo participativo que desfruta de direitos políticos e sim de todos, daí porque se diz que ele é difuso. O objeto da ação popular é a invalidação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de entes da Administração Pública indireta, referentes aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, que comumente resultam de comportamento comissivo.

A abrangência do preceptivo constitucional, como se vê, habilita o cidadão – no exercício do seu direito de fiscalizar as condutas omissivas dos agentes públicos – a deflagrar a demanda popular a fim de corrigir ou fazer cessar seus consectários, para que em conjunto com a pessoa jurídica de direito público assumam comportamento comissivo.

A Lei nº 4.717/65, editada para regulamentar o art. 141 § 38, da Constituição Federal de 1946 e recepcionada pelas Cartas da República subseqüentes, não explicitou o meio ambiente dentre os bens públicos protegidos pela ação popular, como se vê da leitura do art. 1º e seu parágrafo. Entretanto, se a Lei Maior de então fazia referência a “*atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios*” e a lei ordinária quis, exemplificativamente, apresentar os bens e os direitos credores de preservação e de proteção, integrantes do conceito de patrimônio público, é inequívoco que o meio ambiente – à época da sua edição, apesar de não ter sido mencionado constitucionalmente – nele está incluído.

De outra parte, para reforçar esse entendimento, se os bens de uso comum do povo, de uso especial e dominiais são públicos, como já dispunha o art. 66, do Código Civil de 1916, vigente à época, é forçoso convir que o meio ambiente sempre foi protegido pela ação popular, por se emoldurar no conceito de patrimônio público. Mares, rios, lagoas, lagos, florestas, matas, terrenos-de-marinha, terras devolutas e animais silvestres são enquadrados como bens públicos de uso comum do povo ou dominicais. Destarte estão incluídos no

conceito de patrimônio público, para efeito de merecer a proteção jurídica pela demanda popular.

A finalidade da ação popular, em matéria do dever de fiscalização urbanística, é emendar a omissão de maneira a evitar o prejuízo. Nesse caso é supletiva da inatividade do Poder Público. Como o interesse é difuso, o cidadão está legitimado a acionar o Município.⁵⁴

Constando-se a omissão administrativa em fiscalizar as ocupações e construções lesivas à ordem urbanística e ao meio ambiente urbano, eclode a legitimidade do cidadão para figurar no pólo ativo da ação popular. No pólo passivo posicionam-se o Município e o agente público que se omitiu, responsável pela lesão.⁵⁵ Forma-se a relação processual entre as sobreditas pessoas como corolário do fato de não ter sido prestado o serviço público consistente no dever de atuação administrativa.

Dita atuação era exigida logo no início do assentamento dos indivíduos ou da colocação dos primeiros materiais de construção, por constituir fatos demonstradores da ofensa da ordem urbanística ou da agressão ao meio ambiente. O cidadão, e basta sê-lo para ter legitimidade ativa, passa de eleitor a autor da ação proposta em nome do povo, servindo-se do instrumento constitucional hábil a corrigir, *in casu*, os efeitos do ato administrativo, assumindo o ônus de demonstrá-los para que a atividade jurisdicional mande a entidade federativa fazer o que não foi feito.

A ação popular, como foi visto, traz em si uma pretensão de caráter difuso, em substituição ao órgão legitimado a se insurgir contra o ato lesivo aos bens e direitos da pessoa jurídica de direito público ou integrante da Administração Pública indireta. O interesse a proteger não é simplesmente individual. É de todos.

Algumas vezes a defesa do interesse difuso se confunde com a defesa do interesse público ou do interesse individual. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando o cidadão – residente em condomínio de casas que faz divisa com área de preservação ambiental – assiste a desmatamento, iniciado há algumas semanas, destinado à construção, e que já é do

⁵⁴ Hely Lopes Meirelles registra que “a ação popular pode ter finalidade *corretiva da atividade* administrativa, ou *supletiva da inatividade* do Poder Público, nos casos em que devia agir por expressa disposição legal. Arma-se, assim, o cidadão, para corrigir a atividade *comissiva* da administração, como para *obrigá-la a atuar*; quando sua omissão também redunde em lesão ao patrimônio público” (*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, p. 93).

⁵⁵ Luis Roberto Barroso assevera: “também será concebível ação popular em face de omissões de autoridades que venham a resultar em lesões ao patrimônio público. Apesar de o texto literal do inciso LXXIII do art. 5º constitucional mencionar ‘ato lesivo’, não se pode ignorar que também a conduta omissiva traz a possibilidade de se produzir um ‘ato danoso’, por exemplo, ao meio ambiente ou a bens de valor estético ou histórico. E a própria Lei 4.717/65 cuidou da hipótese na parte final de seu art. 6º, ao incluir entre os legitimados passivos para a ação as autoridades ou administradores que ‘por omissão’, tiverem dado oportunidade à lesão” (*O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p.p. 213-214).

conhecimento da Prefeitura local, que se omite, por se tratar de iniciativa de vereador do mesmo partido político do prefeito. Na doutrina portuguesa são encontrados alguns exemplos de coincidência da defesa do interesse difuso com o direito individual.⁵⁶

Se a omissão do dever de fiscalização urbanística chega ao extremo de deixar, *exempli gratia*, que o particular venha a ocupar ou construir em bens imóveis de valor artístico, estético, histórico ou turístico, está presente a causa de pedir da ação popular, que tem por fim corrigir o comportamento omissivo, de modo a evitar que a conduta inercial cause prejuízo àqueles bens, considerados pela lei de regência como patrimônio público. O mesmo ocorre quando a ausência de fiscalização permite que se ocupe ou se construa em bens imóveis situados em área de preservação ambiental.

A sentença proferida na ação popular, supedaneada em omissão do dever de fiscalização urbanística, tem natureza mandamental, uma vez que impõe ao ente federativo e à autoridade pública municipal a assunção de um comportamento positivo, isto é, mandar proceder à remoção de pessoas e à demolição de obras, com incidência, no seu cumprimento, do § 5º do art. 461, do Cód. Proc. Civil.

VIII. 4 – Ação Civil Pública

Do rol dos direitos e deveres individuais e coletivos do art. 5º, da Carta Federal, não consta a ação civil pública, nem foi tratada por qualquer uma das Constituições que antecederam a de 1988. Tendo origem na preservação e defesa do meio ambiente, restou

⁵⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, ao comentar sobre o 'Direito de Acção Popular' registra: "Nas sociedades contemporâneas o indivíduo isolado está desarmado (M. Cappelletti). Através do direito de acção popular consagrado no artigo 52.º/3 (na redação da Lei nº 1/89), a Constituição deu guarida a um reforço das acções populares tradicionais ('*actio popularis*', '*public interest action*') e à introdução de acções populares ou coletivas destinadas à defesa de *interesses difusos* (*class actions*, *Verbandsklagen*, *actions collectives*). Nas primeiras (vide as expressões legais do Código Administrativo, artigos 365.º e 822.º), 'qualquer do povo', invocando o interesse público, pode substituir-se aos órgãos competentes para reagir contra a usurpação ou lesão de bens ou direitos das autarquias locais ou contra deliberações ilegais dos órgãos destas (que podem lesar também os direitos do particular: usurpação, por exemplo, de um caminho público). Estas acções podem e devem hoje estender-se à defesa dos bens protegidos e individualizados no artigo 52.º/3 (cfr. também Cód. Proced. Administrativo, art. 50.º). Nas segundas, qualquer cidadão, individualmente ou associado ('associações de defesa'), mesmo não invocando o *interesse público*, pode intentar uma acção em defesa de *um interesse público*, em geral ou de categorias ou classes com grande número de pessoas – *interesses difusos* –, ('saúde pública', 'ambiente', 'qualidade de vida', 'patrimônio cultural') e dos seus próprios direitos subjectivos ('direito ao ambiente', 'direito à qualidade de vida', 'direito à saúde'). Estes dois tipos de acções tendem hoje a confundir-se, porque a defesa de interesses difusos coincide com a defesa de interesses públicos e a defesa de direitos individuais (daí a fórmula americana *public interest action*)", *in Direito Constitucional*, p. 662.

instituída para protegê-lo, sendo mais adiante estendida para proteger outros bens e direitos, como se vê do rol do art. 1º, da Lei nº 7.347/85.

De natureza coletiva, guarda inteira semelhança com a demanda popular, objetivando defender interesses difusos, legitimando não mais o cidadão e sim pessoas jurídicas, entes e órgão público a deflagrá-la, com o fim de corrigir os consectários do ato administrativo lesivo não só àqueles interesses como também aos interesses coletivos e individuais homogêneos (art. 21, da Lei nº 7.347/85).

A ação civil pública foi instituída com a precitada lei que antecedeu à Constituição de 1988. Prestigiando sua relevância, a Lei Maior a recepcionou, corroborando a *legitimatío ad causam* ativa do Ministério Público, tanto para intentá-la quanto para promover o inquérito civil, na defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos (art. 129, III).

A legitimidade ativa para ingressar com ação civil pública não é exclusiva do Ministério Público. É concorrente com pessoas jurídicas, entes e órgão público que constam do art. 5º, da Lei nº 7.347/85. A demanda pública é proposta em desfavor de pessoa física ou de pessoa jurídica de direito público, de direito privado prestadora ou não de serviço público, que perpetrou o ato lesivo ao interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo. No caso das ocupações e construções irregulares não fiscalizadas é o Município que vai figurar no pólo passivo da ação, ajuizada, em regra, pelo Ministério Público, o que vem se tornando muito comum em matéria de omissão de fiscalização do parcelamento do solo, cujo dever lhe compete, nos termos do que dispõem os arts. 1º, par. único, 6º a 9º e 10 a 16, da Lei nº 6.766/79.⁵⁷

O objeto da ação civil pública é a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como foi dito, também denominados interesses transindividuais. O meio ambiente e a ordem urbanística constam da moldura do art. 1º, incisos I e VI, da Lei nº 7.347/85. A proteção, em casos tais, é direcionada a interesses difusos, pois a todos indivíduos participativos, sem exceção, interessa a manutenção da ordem urbanística e a preservação do meio ambiente, interesses estes que dizem respeito à ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, para a garantia do bem-estar dos seus habitantes e ao equilíbrio

⁵⁷ Luis Roberto Barroso, ao comentar sobre a legitimidade passiva da pessoa física ou jurídica, reproduz entendimento jurisprudencial a respeito do tema: “O Município, em se tratando de ação civil pública para obrigar o proprietário de imóvel a regularizar parcelamento do solo, em face do modo clandestino como o mesmo ocorreu, sem ter sido repellido pela fiscalização municipal, é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda. O Município tem o poder-dever de agir para que loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição” (STJ, DJU 21.6.99, p. 83, REsp 194732-SP, Rel. Min. José Delgado), *in O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 240.

ecológico para garantia da sadia qualidade de vida de todos, nos termos dos arts. 182 e 225, da Constituição Federal.

A pretensão é direcionada no sentido de condenar o réu ao pagamento de importância em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. No caso da omissão da fiscalização das ocupações e construções o autor, quase sempre o Ministério Público, pleiteia a condenação do Município a cumprir o dever de mandar remover pessoas e coisas e demolir construções irregulares, podendo ser pleiteada, ainda, a cominação de multa para caso do não cumprimento da decisão, *et viz* dos arts. 3º e 11, da Lei nº 7.347/85. Pedido nesse sentido formulado é juridicamente possível, uma vez que a atuação do Município, no caso da fiscalização das ocupações e construções no âmbito da sua circunscrição territorial, está vinculada à observância dos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência na prestação do serviço público, de acordo com o que foi analisado.

Quando a Administração Pública está vinculada a atuar com observância da forma prescrita em lei seu poder-dever é vinculado e não discricionário. Conseqüentemente o controle jurisdicional do dever de fiscalização urbanística, através da ação civil pública, é perfeitamente adequado para compelir o Município a cumprir a prestação de fazer antes mencionada.

A ação civil pública é adequada para, *exempli gratia*, invalidar a aprovação de parcelamento solo, nas duas modalidades (loteamento e desmembramento), sem observância dos requisitos inscritos nos arts. 2º a 11, da Lei nº 6.766/79. O mesmo se diga da ação civil pública que objetiva anular licença concedida pelo Município para construção de uma indústria de produtos químicos sem estudo prévio de impacto ambiental ou à incorporadora para iniciar construção de edifício, com muitos andares, sem estudo prévio de impacto de vizinhança, instrumentos da política urbana referidos no art. 4º, VI, da Lei nº 10.257/01.

A elaboração do plano diretor das cidades com mais de vinte mil habitantes e a gestão democrática da cidade devem contar com procedimentos próprios, integrados por audiências públicas e debates, com a participação da população e de associações representativas, conforme dispõem os arts. 2º, II e XIII, 40, § 4º, I e 43, II, da Lei nº 10.257/01. O Município deve proceder consoante estabelece o Estatuto da Cidade, pois está submetido ao dever de tudo fazer para dar execução à boa política de desenvolvimento urbano, por estar vinculado às determinações insculpidas no art. 182, da Lei Maior. O Ministério Público e os demais detentores de *legitimatío ad causam* ativa podem ajuizar ação civil pública para compelir o Município a deflagrar os procedimentos lastreados na democracia deliberativa e na gestão democrática da cidade.

A deflagração da ação civil pública, no caso da sobredita omissão, tem caráter preventivo. Objetiva corrigir a desordem urbanística que pode se instalar no Município, se nada for feito. Se o Estatuto da Cidade estabelece que o ente federativo deve instaurar os procedimentos de democracia deliberativa e de gestão democrática, está submetido à observância do princípio da legalidade, ou seja, seu dever está vinculado a atender aos interesses difusos e coletivos dos munícipes. Se inexistir margem para a atuação administrativa do Município, infere-se mais uma vez que não há lugar para discricionariedade do seu comportamento. A vinculação às normas legais do Estatuto, impondo-lhe conduta comissiva não comunga com a omissão, daí porque a Administração Pública verga-se a cumprir seu dever através do controle jurisdicional.

Abstraindo o estudo detalhado de normas processuais atinentes à ação civil pública, haja vista o foco desta dissertação, cumpre registrar, apenas, que na urgência de solução para o conflito proveniente da omissão do dever de fiscalização, a medida cautelar é admissível, *ex vi* do art. 4º, da Lei nº 7.347/85. Com a introdução da antecipação de tutela no ordenamento processual, pela Lei nº 8.952/94, que deu nova redação ao art. 273, do Cód. Proc. Civil, admite-se, outrossim, a medida antecipatória, na proteção da ordem urbanística e do meio ambiente. Por se tratar de interesse difuso ou coletivo, as vedações da antecipação de tutela previstas no art. 1º, da Lei nº 9.494/97, não têm aplicação, mormente após a revogação das Leis nºs 4.348/64 e 5.021/66, pela Lei nº 12.016/09 que – apesar de não terem aplicação à ação civil pública – influenciavam magistrados temerosos a indeferir a medida de urgência.

Conforme salientado, consubstanciando-se o pedido em compelir o Município a mandar remover pessoas e coisas e a demolir construções irregulares, a sentença proferida com lastro na omissão do dever de fiscalização urbanística – tal como na ação popular – tem natureza mandamental.⁵⁸ A decisão imporá ao ente federativo a assunção de conduta positiva: o “*cumprimento da prestação da atividade ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária*”, em consonância com o disposto no art. 11, da Lei nº 7.347/85. Considerando, todavia, que a Lei nº 10.444/02 deu nova redação ao art. 461, do Cód. Proc. Civil, cujo § 5º prevê, dentre outras providências, para a efetivação da tutela específica ou o resultado prático equivalente, a *imposição de multa por tempo de atraso*, a

⁵⁸ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ao comentar sobre o conceito e alcance das decisões proferidas nas ações de cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer, salienta que “tanto os deveres quanto as obrigações de fazer e não-fazer podem ser objeto de tutela mandamental, visto que em ambas as hipóteses a atividade jurisdicional dirige-se no fundamental a agir sobre a vontade da parte passiva. Ademais, a *obrigação* em sentido técnico constitui apenas uma das espécies do gênero dever jurídico. Semelhante constatação ganha força especial com o tratamento dispensado no art. 461 do CPC às obrigações de fazer ou de não-fazer” (*Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*, p.184).

remoção de pessoas e coisas e o desfazimento de obras – traduzindo-se em dispositivo de caráter geral, aplicável a qualquer espécie de cumprimento de sentença condenatória de obrigação de fazer – é mais eficaz fazê-lo incidir na execução da decisão proferida na ação civil pública, não só por se cuidar de norma processual posterior como também por se tratar de providência mais adequada, desprezando-se o preceptivo da lei específica.

Comumente, a ação civil pública vem se prestando a compelir o Poder Público municipal a remover pessoas e a mandar demolir construções erigidas em áreas urbanas de preservação ambiental, como se infere, *verbi gratia*, das ementas dos seguintes acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Município do Rio de Janeiro visando compeli-lo a demolir construções situadas em zona de proteção ambiental, o Penedo Dois Irmãos. Legitimidade passiva do Município na qualidade de poluidor indireto primário, pela omissão no cumprimento de seu dever constitucional e legal de impedir a degradação ambiental, pelas construções ilegais. Inexistência do litisconsórcio necessário da União, Estado, Município, ocupantes e proprietários da área pela peculiaridade da ação civil pública que visa defender interesses difusos e é regida pelo princípio da solidariedade, pelo qual incumbe ao autor escolher com quem demandar. Competência consequente da Justiça Estadual. A proteção do meio ambiente é um poder-dever do Município, vinculativo, não se cogitando pura e simplesmente de poder discricionário. Liminar concedida e revogada. Provimento do recurso para restabelecê-la diante da fumaça do bom direito e do perigo de demora (1ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 2.200/95, relator Des. Martinho Campos, acórdão unânime, julgado em 09/04/96, registrado em 21/06/96, publicado no Diário Oficial de 31/05/96, disponível em <http://www.tjrj.jus.br>).

Ação civil pública – Projeto de Urbanização da Área do Morro do Cavalão – Danos Causados ao Meio Ambiente – Construções Irregulares – Constatação pelo IBAMA de Área de Preservação Permanente – Omissão do Poder Público – Alegação de que as Áreas Ocupadas estão Loteadas, Agindo com Negligência os Titulares do Domínio – Recurso requerendo preliminarmente o Chamamento da União, do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos demais Interessados para integrarem a Lide como Litisconsortes Passivos Necessários – Desnecessidade – Dever do Município de Regularizar o Uso, no Parcelamento e na Ocupação do Solo – Alegação de Invasão do Poder Judiciário na Esfera de Competência do Poder Executivo – Inocorrência – Ato Administrativo Vinculado conforme os Mandamentos dos artigos 30, VIII e 182 da Constituição Federal e artigos 358, VIII e 359, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro – Desprovimento do Apelo e Confirmação parcial em Reexame Necessário para isentar o Município das custas do processo (1ª Câmara Cível, apelação cível nº 18.744/04, apelante o Município de Niterói e apelado o Ministério Público, relatora Desª Helena Belc Klausner, acórdão unânime, registrado em 25/11/04, publicado no Diário Oficial de 27/10/04, disponível em <http://www.tjrj.jus.br>).

No sentido da defesa do meio ambiente urbano contra omissão da fiscalização pelo Município de Guarujá, foi proposta ação civil pública pelo Ministério Público, julgada procedente. Assim foi entendido:

Ação civil pública. Dano ambiental. Ocupação irregular de área de preservação permanente. Manguezal. O controle do uso, parcelamento e ocupação do solo é competência do Município. Inteligência do art. 225 c.c. art. 30, da C.F. Induidosa responsabilidade do Município. Recurso não provido (Tribunal de Justiça de São Paulo, 3ª Câmara de Direito Público, apelação cível nº 208.833.5/6-00, relator Des. Magalhães Coelho, julgado em 13/05/03, publicado no Diário Oficial de 14/02/91, disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/consulta/jurisprudência>).

A omissão da fiscalização do parcelamento do solo urbano, através de loteamentos e desmembramentos previstos nos arts. 10 e 12, da Lei nº 6.766/79, também responsabiliza o Município pela instituição e crescimento da cidade ilegítima, como adiante se verá. Em casos tais, o direito pretoriano não vem tolerando a inércia.

O Superior Tribunal de Justiça, através dos seus órgãos julgadores, vem consagrando a responsabilidade do Município pelos consectários da omissão da fiscalização dos loteamentos e desmembramentos. O comportamento omissivo tem posicionado o ente federativo no pólo passivo de ações civis públicas deflagradas pelo Ministério Público, muitas vezes em litisconsórcio passivo com o loteador, objetivando compeli-lo a cumprir o seu dever, corrigindo as conseqüências da sua inércia. Podem ser destacadas as ementas dos seguintes julgados:

Administrativo. Processual Civil. Parcelamento de Solo. Município. Ação Civil Pública. 1. O Município, em se tratamento de Ação Civil Pública para obrigar o proprietário de imóvel a regularizar parcelamento do solo, em face do modo clandestino como o mesmo ocorreu, sem ter sido repellido pela fiscalização municipal, é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda. 2. O Município tem o poder-dever de agir para que o loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição. 3. O exercício dessa atividade é vinculado. 4. Recurso provido para que o Município, conforme chamamento feito na inicial pelo Ministério Público, autor da ação, figure no pólo passivo da demanda (REsp. nº 194.732-SP, 1ª Turma, relator Min. José Delgado, julg. em 23.02.1999, publicado no DJU, em 21/06/99).

Se o Município omite-se no dever de controlar loteamentos e parcelamento de terras, o Poder Judiciário pode compeli-lo ao cumprimento de tal dever (REsp. nº 292.846-SP, 1ª Turma, relator Min. Humberto Gomes de Barros, julg. em 07.03.2002, publicado no DJU, em 15/04/02).

Processual Civil e Administrativo. Ação civil Pública. Loteamento Para Fins Sociais Irregular. Responsabilidade do Município. Poder-Dever. Art. 40 da Lei n. 6.766/79. Legitimidade Passiva do Município. 1. As exigências contidas no art. 40 da Lei n. 6.766/79 encerram um dever da municipalidade de, mesmo que para fins sociais, regularizar loteamento urbano, visto que, nos termos do art. 30, VIII, da Constituição Federal, compete-lhe promover o adequado ordenamento territorial mediante planejamento, controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. 2. Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido (REsp. nº 131.697-SP, 2ª Turma, relator Min. João Otávio de Noronha, julg. em 07.04.2005, publicado no DJU, em 13/06/05).

Após a reeleitura do poder de polícia tem-se que a omissão da fiscalização das ocupações e construções geradora da agressão ao meio ambiente e da desordem urbanística, que autorizam a deflagração da ação civil pública, é o meio adequado e eficaz para defender os interesses difusos e coletivos colocado à disposição do Ministério Público, pessoas jurídicas e órgão público legitimados a fim de compelir o ente federativo a corrigir os efeitos do descumprimento do seu dever, reparando os danos.

Assim, o exame dos meios processuais de controle e tutela judicial e a análise do entendimento pretoriano acerca do dever de fiscalização urbanística aclamam que o Município deve se submeter ao controle jurisdicional, toda vez que se omitir na fiscalização das ocupações e construções. Dito controle é uma resposta ao descumprimento do dever de bem prestar o serviço público, isto é, da boa Administração Pública. Sempre que se constatar o abandono do que atenderia ao interesse difuso, coletivo ou individual, de titularidade da coletividade ou do indivíduo participativo, quer por ação, quer por omissão – na contramão da observância dos princípios da legalidade, moralidade e eficiência – o próprio ente federativo autoriza o controle jurisdicional.

O confronto judicial entre a coletividade ou o munícipe e o ente federativo é o corolário de um procedimento administrativo diverso do que deveria, no caso, ter sido adotado. Outras vezes decorre de uma má atuação ou do retardo de providência que desde logo deveria ter sido perfilhada para obstar a produção de efeitos mais graves. A pronta atuação da Administração Pública, logo no início da situação fática apresentada, evitaria a eclosão de conflitos. Nas circunstâncias apresentadas, outro comportamento era exigido por parte da Administração Pública.

Os conflitos relativos às ocupações e construções em áreas urbanas quase sempre provêm da omissão administrativa. No Estado de Direito, contudo, os interesses da sociedade e dos indivíduos participativos não podem ser postergados por comportamento omissivo. A

Administração Pública deve agir no interesse dos indivíduos participativos, como se tem dito nesta dissertação. Não há lugar para o atendimento de outros interesses.⁵⁹

Na hipótese de inexistir outro meio de se conciliar o comportamento do Município com o que era esperado pelos cidadãos para a satisfação dos seus interesses, não resta outro caminho senão o acesso à justiça, instalando-se o controle jurisdicional da Administração Pública, através dos meios processuais postos à disposição dos jurisdicionados, com a conseqüente implementação do julgado, acolhida a *res in judicio deducta*, direcionada a emendar os efeitos da indigitada omissão do dever de fiscalização urbanística.

⁵⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em tópico denominado 'A afirmação do constitucionalismo', enfatiza que "essa busca de uma *Constituição administrativa* duplamente valiosa, liberal e democrática, em que se assegure o primado do indivíduo e o da sociedade sobre o Estado, deverá consolidar o conceito, segundo o mais preciso dos seus expositores, Umberto Allegretti, em recente mas já clássica monografia dedicada ao tema, de que '*a administração deve atuar a serviço dos cidadãos, com o fim de promover as condições de exercício de seus direitos...*'" (*Mutações do Direito Administrativo* p. 16).

CAPÍTULO IX – EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

O cumprimento da decisão advinda da jurisdição administrativa se defronta com três obstáculos: a resistência por conta de uma nova omissão ou por procrastinação omissiva do ente federativo, a ausência de legislação específica para tratar dos litígios de competência do controle jurisdicional da Administração Pública e a morosidade do Município em efetivar a decisão condenatória de prestação de fazer. Apresenta-se uma divisão tripartida desses empecilhos, para melhor estudo dos obstáculos processuais que precisam ser vencidos, a fim de dar efetividade à decisão proferida contra o Poder Público.

IX. 1 – A Resistência por Omissão

A autonomia político-administrativa outorgada ao Município pela Carta Federal de 1988 pode ter incutido na consciência dos Prefeitos – máxime dos entes municipais de porte, com muitos habitantes – a convicção de que desfrutam de uma espécie de imunidade, tal como concedida aos parlamentares no art. 53, do Diploma Maior. Pensam alguns que no comando da administração do ente público municipal são absolutamente independentes e que não devem contas dos seus atos aos demais Poderes, notadamente ao Judiciário. Em razão disso, procedem de forma incompatível com o pronto cumprimento das determinações judiciais.

Depois de vencido e interpor, sempre que lhe convém, todos os recursos cabíveis com o objetivo de resistir aos efeitos da decisão, o Município, apesar de não demonstrar interesse em dar pronto cumprimento ao julgado, termina por executar a ordem judicial. Em alguns casos, entretanto, por razões políticas, inicia o que pode ser chamado de resistência por omissão, sob a alegação de dificuldades em cumprir a ordem, retardando a efetivação da decisão. Em outras situações, mesmo após o trânsito em julgado, tenta convencer que o decreto condenatório – expedido com a determinação de cumprir prestação de fazer – fere o mérito administrativo.

Em regra a omissão perdura até que a autoridade pública venha a ser ameaçada de suportar penalidade. Esse comportamento também decorre: a) da crença de que a Justiça atua

vagarosamente e que, sendo assim, não há razão para dar pronto cumprimento à decisão; b) de que a omissão ou o retardo em cumprir a ordem pode ser tolerado, em decorrência do *status* do Município; c) não ser comum o Prefeito municipal pagar multa ou responder criminalmente por fato tido por irrelevante. Decorrido algum tempo e melhor refletindo sobre as conseqüências de mais uma omissão, acaba cumprindo a decisão.

O novo comportamento omissivo e procrastinatório quase sempre tem um objetivo: não violar compromissos políticos assumidos na campanha eleitoral ou no decorrer do desempenho do mandato. Comumente o administrador público não quer se incompatibilizar com os eleitores. Para o Prefeito municipal não deve ser de boa política dar, prontamente, cumprimento à decisão judicial que manda potenciais eleitores desocupar áreas urbanas e demolir construções irregulares. Entretanto, só lhe resta cumprir a ordem judicial, para corrigir sua conduta omissiva que causou prejuízos à coletividade e a muitos outros eleitores.

A condenação é o consectário judicial da omissão do exercício do poder-dever de fiscalização. Portanto, deve ser afastada a postergação do cumprimento da ordem expedida. Quando o ente municipal comete nova omissão ou posterga a ordem de remoção de ocupantes e demolição de construções, surge um impasse entre a Justiça Estadual e a Prefeitura. Esse impasse deixa transparecer uma medição de forças entre Têmis e Leviatã, o que se mostra incompatível com a harmonia entre os poderes, preconizada no art. 2º, da Lei Fundamental.

A postergação do cumprimento da decisão judicial pelo Poder Público municipal é um corolário: a) do fato de não considerar o interesse público que está presente nas normas de direito urbanístico; b) do fato de não considerar, outrossim, que a omissão da fiscalização das ocupações e construções prejudica o interesse difuso ou o interesse coletivo; c) do entendimento equivocado da natureza do poder-dever de fiscalizar; d) da falta de percepção da importância que têm os indivíduos participativos que recolhem os tributos municipais e seus interesses, tratando-os como objetos e não como sujeitos de direito.⁶⁰

⁶⁰ Max Weber, ao tratar da Sociologia do Direito, registra que “para o governo, o indivíduo e seus interesses, no sentido jurídico, são em princípio, objetos, não sujeitos jurídicos. No entanto, precisamente no Estado moderno existe a tendência a promover uma aproximação formal entre a aplicação do direito e a administração (no sentido de governo), pois dentro da justiça, não é raro que se exija do juiz atual, em parte em nome de normas jurídicas positivas, em parte com base em teorias do direito, que fundamente suas decisões em princípios materiais, na moralidade, na equidade ou na conveniência. E perante a “administração”, a organização estatal atual concede ao indivíduo (que, em princípio, é apenas seu objeto) meios para proteger seus interesses. Estes, pelo menos, formalmente, têm a mesma natureza daqueles da aplicação do direito: a “jurisdição administrativa”. Mas nem todas estas garantias conseguem eliminar a oposição fundamental mencionada entre a aplicação do direito e o governo” (*Economia e Sociedade, Vol 2, p. 4*).

Dita postergação, além de aparentar demonstração de forças entre os Poderes (Judiciário Estadual e Executivo Municipal), abala o Estado de Direito, ainda que no âmbito local, além de incutir na população desconiança do efetivo cumprimento das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.⁶¹

A autoridade administrativa deve se afastar do oblióvio de que os interesses políticos devem ser postos de lado. Os interesses outros não podem colidir com os interesses público, difuso, coletivo ou individual. Com fulcro em breve enunciado da Lei Italiana nº 241/90, Diogo de Figueiredo Moreira Neto registra que “*a Administração deve estar a serviço das pessoas*” (*Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*, p. 134). Não há porque deixar de dar pronto cumprimento à ordem judicial. Quando vencido, o Município está submetido ao cumprimento das decisões da Justiça Administrativa como se particular fosse.⁶²

IX. 2 – A Ausência de Legislação Específica do Contencioso Judicial Administrativo

A legislação processual se ressentida de normas procedimentais que uniformizem a etapa cognitiva do contencioso judicial para o processo e julgamento dos litígios envolvendo a Administração Pública. O mesmo ocorre com a fase de cumprimento de sentença. No caso brasileiro a inexistência de um contencioso judicial administrativo específico propicia comportamentos não uniformes da Administração Pública, ora atuando de uma forma, ora de outra, em desrespeito ao princípio da boa gestão administrativa. O comportamento do ente público muitas vezes se traduz em falsa roupagem da conveniência e oportunidade. O regime administrativo carece de uma definição, a fim de que se reduza o controle jurisdicional, hoje bem intenso, justamente em razão das condutas administrativas diferenciadas.⁶³

⁶¹ Marcelo Neves, ao comentar sobre o Estado Democrático de Direito e identificar o Leviatã como o Executivo e Têmis como o Judiciário, salienta que ele se caracteriza pela busca de uma relação sólida entre ambos e que “o problema consiste em estabelecer, apesar das tensões e conflitos, uma relação construtiva entre Têmis e Leviatã, de tal maneira que o direito não se mantenha como uma mera abstração e o poder político não se torne impotente por sua hipertrofia ou falta de referência legitimadora” (*Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil*, Introdução, p. XIX).

⁶² Leonardo Greco, com esteio em lição de Jesús González Pérez, registra: “a garantia do cumprimento efetivo das decisões judiciais não exige a Administração Pública que, como qualquer cidadão, está submetida à lei e ao direito, e está obrigada por isso ao cumprimento das resoluções judiciais” (*Estudos de Direito Processual*, p. 263).

⁶³ Edson Aguiar de Vasconcelos, em tópico denominado “À procura do regime administrativo brasileiro”, assevera que o regime administrativo brasileiro não é bem definido, dificultado, dentre outras razões pela “inexistência de contencioso administrativo ou justiça administrativa, com o condão de estabelecer atuação da administração de maneira homogênea” (*Direito Administrativo Brasileiro*, p.p. 7-8).

O corolário da ausência de uma legislação específica, com normas próprias para reger os processos das ações envolvendo a Administração Pública, culmina por abalroar o princípio da paridade de armas. Na sua ausência, a Administração Pública termina por ser agraciada com prerrogativas pouco justificáveis, mostrando-se assaz fortalecida perante os administrados. Estes, ao reverso, litigam com armas de pouco calibre, não sendo incomum a desistência de ações que ajuizam ou o abandono do processo, em decorrência da lentidão da sua tramitação.

De outra parte, a Lei Processual Civil dedica poucas normas que regem o procedimento das ações que se emolduram na competência do controle jurisdicional da Administração Pública. Em se tratando de processo de conhecimento, limita-se a estabelecer prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer e o duplo grau obrigatório de jurisdição, no caso da Fazenda Pública ser vencida. A execução de quantia certa culmina com a expedição do famigerado precatório. É o que consta dos arts. 188, 475, 730 e 731, do Cód. Proc. Civil. Na busca de ações envolvendo a Administração Pública, uma é encontrada: cogitando-se de construção que está sendo erigida em desconformidade com leis e regulamentos de posturas municipais cabe ação de nunciação de obra nova em favor do Município para demandar o munícipe transgressor, tramitando por procedimento especial de jurisdição contenciosa, de acordo com a previsão do art. 934, III, da Lei Processual. Nada mais é encontrado por mais que se procure.

A leitura dos precitados dispositivos do ordenamento processualístico deixa entrever que o acesso à justiça, facultado aos administrados no controle jurisdicional da Administração Pública, tem se convolado numa garantia bem restrita. A eles não se confere qualquer prerrogativa. Sequer o hipossuficiente é contemplado com norma processual, que leve em conta a sua situação econômica, quando litiga com a Administração Pública no pólo ativo ou passivo de qualquer demanda judicial.

A par das parcimoniosas normas processuais que versam sobre os processos envolvendo as atividades do Poder Público, vigora um reduzido número de leis que cuidam das ações de rito especial do contencioso judicial, tais como a Lei nº 4.717/65, que cuida da ação popular, a Lei nº 7.347/85, que trata da ação civil pública e a Lei nº 12.016/09, que regulamenta o mandado de segurança.

O mandado de segurança, *exempli gratia*, objetiva corrigir a ilegalidade ou o abuso de poder, praticado por autoridade administrativa, através de atos que violam direito líquido e certo e que autorizam sua impetração, cujo rito, em razão do *excés de pouvoir*; não hesita em se nortear pelos princípios da celeridade e da rápida solução do litígio. Vale lembrar,

entretantes, que o acesso à jurisdição administrativa para assegurar direito líquido e certo, instituído constitucionalmente e regulamentado, até pouco tempo, pela Lei nº 1.533/51, passou a admitir a suspensão – pelo Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do recurso – da liminar ou do cumprimento da sentença, consoante previsto no art. 4º, da Lei nº 4.348/64. A Administração Pública, tal como na vigente Lei nº 12.016/09, não precisava sequer recorrer. Através de requerimento, em princípio fundamentado, bastava invocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, para sustar os efeitos da decisão, o que podia acarretar prejuízo para o impetrante ou a extinção do seu direito líquido e certo, às vezes de natureza fundamental.

Durante a vigência da revogada Lei nº 1.533/51, a suspensão da execução não se limitava aos mandados de segurança. A Lei nºs 5.021/66 autorizava e as Leis nºs 8.038/90, 8.437/92 e 9.494/97 autorizam a sustação das medidas de urgência e decisões das autoridades judiciárias, nas ações individuais ou coletivas. A suspensão da execução das medidas liminares e das decisões podia se estender até o seu trânsito em julgado, numa acirrada demonstração de força do Leviatã contra Têmis, na tutela de direitos dos administrados.⁶⁴

As Leis nºs 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66, que cuidavam do mandado de segurança e da suspensão das decisões foram revogadas pela Lei nº 12.016/09. Contudo, quase nada mudou. As prerrogativas continuam e foram até alargadas. O novel diploma legal proscreve a concessão de liminar em situações que podem reclamar pronto deferimento da medida *in itinere*. Demais disso, reforçou a suspensão da execução da liminar e da sentença, através de: a) novo pedido de suspensão ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário, quando negado provimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que concedeu a liminar (art. 15 § 2º); b) suspensão das liminares cujo objeto seja idêntico, através de uma única decisão, com extensão da sua eficácia a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original (art. 15 § 5º).

A manutenção de multifárias prerrogativas da Administração Pública em juízo funciona como instrumento de postergação do cumprimento das medidas coercitivas de maior

⁶⁴ Rogério Pacheco Alves, ao comentar sobre esse tema, assevera: “Aqui reside, talvez, um dos maiores riscos à efetividade do processo principal e ao próprio princípio do acesso à justiça, uma vez que, como é sabido, o trânsito em julgado de decisões, principalmente contra o Poder Público, dada a multiplicidade de instrumentos recursais e de prerrogativas processuais em seu favor, é algo bastante demorado, o que indubitavelmente põe em xeque a plena eficácia de um sem número de direitos fundamentais” (*Prerrogativas da Administração Pública nas Ações Coletivas*, p.p. 232-233).

densidade jurisdicional ou das decisões provisórias e definitivas e as convola em verdadeiros privilégios, que proporcionam às autoridades públicas protrair seus efeitos no tempo.⁶⁵

Assim agindo o Executivo, isto é, associando-se com o Legislativo para, de tempo em tempo, com o seu auxílio, obter a edição de mais um diploma legal, com o firme propósito de protrair os efeitos de decisões judiciais, além de proclamar que pretende se furtar ao controle jurisdicional, revela procedimento incompatível com os princípios que regem a harmonia entre os Poderes e o Estado Democrático de Direito. Com isso, constata-se, no âmbito interno, a falta de vontade legislativa de assegurar aos administrados meios eficazes para digladiar com a Administração Pública e obter a efetivação da tutela judicial, além da consagração do anacronismo da legislação brasileira, convolvando a garantia constitucional do acesso à jurisdição em direito de segunda ou de terceira geração.

A maioria dos países europeus conta com um código do contencioso judicial administrativo. Na Alemanha vigora o Código de Jurisdição Administrativa (VwGO) desde 1960, fixando a competência da Justiça Administrativa para os litígios de caráter público, que não versem sobre conflitos referentes às jurisdições administrativas especializadas, tais como a social e a financeira. A Espanha adotou a Lei reguladora da Jurisdição Contencioso-administrativa em 1998. Portugal editou o novo Código de Jurisdição Administrativa e o Código de Organização da Justiça Administrativa em 2002. A Itália introduziu reformas nas leis que cuidam dos processos pertinentes à atividade administrativa e à efetivação da tutela de urgência. Os países que procederam às reformas da legislação pertinente ao contencioso administrativo não tiveram em mente suspender a execução de medidas de urgência, nem os efeitos da sentença até o seu trânsito em julgado.⁶⁶

Aqui, ao reverso, não há sequer projeto de lei, nem o tema é ventilado nos meios jurídicos, salvo no âmbito acadêmico. A situação atual é por demais vantajosa para o Poder Público quando litiga com o particular. Enquanto não se editar um código ou uma lei do contencioso judicial administrativo, para sua aplicação nos órgãos julgadores da jurisdição

⁶⁵ Cláudio Brandão de Oliveira adverte que “o tratamento processual diferenciado, proporcional às necessidades do Estado, atende ao interesse público a partir do momento em que as condenações decorrentes da deficiente representação processual serão suportadas por toda a coletividade. Só não há, portanto, amparo constitucional e legal para privilégios que não se mostrem compatíveis com as necessidades do Estado. A criação por lei de tratamento processual diferenciado para o Estado, sem a correspondente razão do interesse público, viola a isonomia processual e deve ser reprimida com rigor” (*Manual de Direito Administrativo*, p. 278).

⁶⁶ Como diz Karl-Peter Sommermann, “é, hoje, evidente o consenso sobre a necessidade de garantir uma tutela judicial efetiva, bem como a de sua implementação por meio de um direito processual adequado. Inclusive nos Estados como os que até agora permaneciam com as estruturas tradicionais de uma justiça administrativa, na qual o cidadão possuía à sua disposição somente o recurso de anulação e não de medidas cautelares efetivas, a situação tem sido alterada profundamente” (*Código de Jurisdição Administrativa, o Modelo Alemão*, p. 19).

civil que fazem as vezes da jurisdição administrativa brasileira, adotando, dentre outros princípios, o da paridade de armas, o acesso à justiça não pode ser considerado uma garantia plena dos que pretendem litigar ou litigam com as pessoas jurídicas de direito público.

Isto é dito porque a suspensão da efetivação das decisões e sentenças, pelo Presidente do Tribunal competente para apreciar os recursos das ações que originaram os pronunciamentos interlocutórios ou de mérito – mediante a alegação de grave lesão aos interesses da Administração Pública e por meio de um mero requerimento, não erigido em recurso – é a maior demonstração da inaplicabilidade do princípio da paridade de armas no âmbito da Justiça Administrativa. Essa odiosa prerrogativa da Fazenda Pública em juízo, nos dias coevos, se assemelha ao arremedo de delegação de competência do Presidente da República ou do Governador de Estado ao Presidente do Tribunal, para não efetivar a decisão que envolve direito patrimonial do administrado litigante, de modo que o Erário fique, enquanto puder, imune à satisfação da prestação. Faz lembrar a época imperial, em que o Conselho de Estado, órgão subordinado ao Imperador, via Poder Moderador, tinha competência para os feitos do contencioso administrativo (Cf. Edson Alvisi Neves, *O Tribunal do Comércio*, p.p. 193-194).

Cumpre anotar que nem mesmo o Ministério Público, um dos órgãos mais legitimados a demandar a Administração Pública, através da ação civil pública, *ex vi* do art. 129, III, da Constituição Federal – representante da coletividade atingida, no caso, pela omissão – desfruta de prerrogativas como parte ativa, por mais que se vasculhe a Lei nº 7.347/85.

A pessoa jurídica de direito público, na hipótese vertente, o Município, continua com a prerrogativa de obter a suspensão do cumprimento da decisão que concedeu a liminar – pelo Presidente do Tribunal de Justiça, competente para o conhecimento do recurso – consoante previsto no art. 12 § 1º, da Lei nº 7.347/85. Para tanto, basta invocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, para sustar os efeitos da decisão, muitas vezes prolatada para afastar o dano ao meio ambiente ou à ordem urbanística (arts. 1º, I e VI e 12, do mesmo diploma legal). A não ser a obtenção de liminar – que não se traduz em prerrogativa do *Parquet* e sim de todos os detentores de legitimidade ativa para deflagrar ação civil pública – vê-se que o Ministério Público ficou de fora das prerrogativas da Fazenda Pública, mesmo assumindo a defesa dos interesses difusos ou coletivos.

A Administração Pública em juízo vai continuar desfrutando de excessivas prerrogativas, que cada vez mais se transmudam em privilégios, dificultando a entrega da prestação jurisdicional e sua efetivação em prol daqueles que estão a rogar providências para,

in hypothesis sub examen, corrigir os efeitos da omissão da fiscalização das ocupações e construções pelo Município. O reverso há de ocorrer. Cuidando-se de dar cumprimento à sentença que condenou o Poder Público à prestação de fazer ou expedir ato administrativo vinculado, sua vontade pode até ser substituída pela vontade jurisdicional.⁶⁷

IX. 3 – A Morosidade da Efetivação da Decisão Condenatória

A efetivação de decisões provisórias e de sentenças condenatórias referentes à prestação de fazer, proferidas em desfavor de pessoa jurídica de direito público, no âmbito da Justiça Administrativa, não conta com uma norma processual sequer. A preocupação do legislador processual de 1973 ficou restrita a estabelecer as normas dos arts. 730 e 731, destinadas ao cumprimento da sentença condenatória da Administração Pública, a satisfazer quantia certa, através do precatório, maneira de postergar a satisfação do direito do administrado credor. A expedição desse malsinado instrumento – malgrado respeitáveis opiniões em contrário que o defendem nos moldes atuais – lastreia-se no princípio da impenhorabilidade dos bens públicos, ainda que dominiais e não afetados ao serviço público. Parece estar a Fazenda Pública muito à vontade para cumprir decisão que manda fazer ou não fazer alguma coisa.

Após vários estudos, reflexões e a edição da Lei nº 10.444/02, que deu nova redação ao § 5º e acrescentou o § 6º ao preceptivo inscrito no art. 461, da Lei Processual Civil, a doutrina passou a entender que todas as normas inscritas nos parágrafos 1º a 6º, daquele dispositivo legal, são aplicáveis à etapa procedimental de efetivação da decisão que determina pessoa jurídica de direito público, no caso o Município, cumprir prestação de fazer.

Apesar da decisão, no caso do controle jurisdicional decorrente da omissão do dever de fiscalização urbanística, ser considerada mandamental, por se traduzir em ordem para cumprir prestação de fazer, a leitura dos sobreditos parágrafos não deixa dúvida acerca da sua aplicação ao cumprimento de sentença substitutiva da vontade da autoridade administrativa. Cogitando-se de conduta omissiva do Poder Público municipal, é bem adequada a incidência

⁶⁷ Milagros López Gil registra: “Por lo tanto, si la Administración es condenada a la realización de un hacer que constituye una actividad reglada y no cumple voluntariamente, el órgano jurisdiccional podrá substituirlo porque no hay que realizar una tarea de valoración o apreciación de oportunidad sino una mera comprobación del encaje de hechos en una norma” (*Avances en la Ejecución de Sentencias contra la Administración*, p. 58).

das regras que vão fazer com que a Administração se veja compelida a cumprir a ordem judicial, sob pena de multa.⁶⁸

No caso da ação civil pública a norma do art. 11, da Lei nº 7.347/85, dispõe que para a efetivação da tutela concedida a autoridade judiciária determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica ou cominação de multa diária, independentemente de requerimento do autor. Entrementes, conforme restou analisado, é recomendável – para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente – a substituição da norma da lei específica pela norma geral inscrita no § 5º, do art. 461, da Lei Processual, haja vista se tratar de preceptivo legal que muito se afina com a efetivação da decisão que determina o Poder Público cumprir prestação de fazer, mormente quando prevê a remoção de pessoas e o desfazimento de obras.

Admitida a incidência das normas processuais previstas nos precitados dispositivos legais, a autoridade municipal verga-se a dar efetivação à decisão judicial. E para que a omissão não se protraia, submete-se ao pagamento de uma multa diária. A penalidade pecuniária é o corolário do esgotamento das medidas judiciais até então empreendidas para dar efetividade ao julgado, máxime quando se cuida de cumprimento de sentença que não culmina, na execução, com a expedição de precatório. Também conhecida como *astreinte*, enquadra-se perfeitamente como acessório da ordem de efetivação da decisão, *in casu*, que manda remover pessoas e demolir construções irregulares.⁶⁹

A multa não deve onerar o Erário municipal. À pessoa jurídica de direito público não deve ser imposta penalidade pecuniária em razão de condutas omissivas do Prefeito

⁶⁸ Ovídio A. Batista da Silva afirma: “cabe observar que o art. 461 busca reconquistar a distinção entre *obrigações* e *deveres* que o direito moderno tentara suprimir, a partir do período bizantino do direito romano tardio, generalizando, contra as legítimas fontes do direito romano clássico, o conceito de *obligatio*, de que proveio nossa genérica e exclusiva *execução por créditos* (sobre isto, nosso *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3ª edição, Forense, 2007, Caps. VI-VIII). Esta conclusão decorre da constatação de que este preceito não se limita a dispor sobre sentenças apenas condenatórias, próprias do Direito das Obrigações. As *ações mandamentais* e as *execuções reais*, que correspondiam basicamente à tutela romana interdital, agora terão lugar no campo de incidência do art. 461. Esta exegese está conforme a origem da norma, porquanto, no Código de Defesa do Consumidor, sua aplicação diz respeito mais a *deveres* do que a relações *stricto sensu* obrigacionais. E dentre os *deveres* se-ão como abrangidos tanto aqueles nascidos do direito privado quanto os deveres sociais e os que nascem no campo do direito público” (*Curso de Processo Civil, Vol. 1, Tomo II, p. 40*).

⁶⁹ Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, antes da reforma processual procedida pela Lei nº 10.444/02, com lastro em preleção de Liebman, sustentava que as *astreintes* “visam a conseguir o adimplemento da obrigação pela prestação do próprio devedor, compelido a cumpri-la para evitar as pesadas sanções que o ameaçam”. No caso da Fazenda Pública, sustentava, ainda que a multa, que deve ser diária, além da função compensatória, tem natureza intimidativa, uma vez que “o risco de aumento do débito levará o pagamento imediato, sob a ameaça de ocasionar grave prejuízo ao erário público – o que, dependendo do caso implicará até mesmo responsabilidade penal e disciplinar do agente público causador do atraso” (*Execução contra a Fazenda Pública, p. 139*).

municipal. De início, urge considerar que a autoridade municipal se omitiu no dever de fiscalização das ocupações e construções a fim de preservar e manter a ordem urbanística. Após o Município ser condenado a cumprir prestação (dever) de fazer, competia àquela autoridade se apressar e corrigir a omissão, que a essa altura dos fatos já traz conseqüências negativas ao equilíbrio urbanístico. Ao Prefeito municipal deve ser imposta a multa. No âmbito da jurisdição administrativa francesa, contudo, a *astreinte* é imposta à pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, conforme disposto no art. L. 911-5, do Código de Justiça Administrativa.⁷⁰

Com o recebimento dos ofícios e mandados determinando o cumprimento da ordem judicial, oriunda de decisão transitada em julgado, tem-se que a recalcitrância se deve ao comportamento injustificável do Prefeito municipal, pois a execução dos atos da Administração Pública depende da sua atuação. Se ele representa processualmente o Município, nos termos do art. 12, II, do Cód. Proc. Civil, passa a ser o devedor da multa diária.

A autoridade administrativa, verga-se, outrossim, aos efeitos da responsabilidade penal como corolário da prática de crime contra a Administração Pública. Entendia-se que dita autoridade incidia nas penas do delito de prevaricação, previsto no art. 319, do Estatuto Repressivo. Com a vigência da Lei nº 12.016/09, que regulamenta o mandado de segurança, restou definido no art. 26 que o encarregado de dar cumprimento à decisão judicial responde pelo crime de desobediência, tipificado no art. 330, do Código Penal.

A ausência de efetivação da decisão não pode chegar ao cúmulo de convolar a parte vencedora em simples espectadora do decreto judicial que tutelou seu interesse. Se a cominação de multa não bastar, dá-se início ao procedimento para responsabilizar criminalmente a autoridade administrativa. E se ainda assim a parte vencedora não obtiver a efetivação da tutela judicial, cabe ao Judiciário determinar que outros órgãos da Administração Pública municipal cumpram o julgado, tal como previsto no art. 108, *z*, da Lei reguladora da Jurisdição Contencioso-administrativa da Espanha.⁷¹

⁷⁰ Estabelece o art. L. 911-5, do Code de Justice Administrative: En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'Etat peut, meme d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé charges de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision.

⁷¹ Dispõe o art. 108, *z* da Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: "Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, em caso de incumplimiento: a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto".

Em razão de entendimento distorcido do princípio da separação dos poderes e da inatingibilidade do mérito administrativo por controle do Poder Judiciário, verifica-se certa resistência em dar cumprimento à decisão judicial. Adverte Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva que *“as investidas do Judiciário para exigir o cumprimento de suas decisões sofrem resistência fundada no princípio da separação dos poderes, especialmente quando estas envolvem prestações de fazer ou não fazer”* (Código de Jurisdição Administrativa, o Modelo Alemão, p. 71). Esse embate, além das causas mencionadas, também tem esteio numa espécie de insatisfação da autoridade administrativa com o resultado do processo judicial, que contraria o entendimento que vinha sendo adotado, isto é, não proceder à remoção de pessoas e demolir construções. Como foi visto, a resistência por omissão prossegue até incidir a multa e se extrair peças para a instauração de inquérito policial pela prática de delito contra a Administração Pública.

Nos países europeus que estruturaram a Justiça Administrativa como especializada, como na Alemanha, *exempli gratia*, isto não ocorre. São raros os casos de cumprimento de decisão em que a autoridade administrativa resiste, haja vista o elevado grau de conhecimento dos poderes da jurisdição daquele país, somado à responsabilidade civil da autoridade pública que não acata a decisão judicial. Na execução forçada de sentença, assim chamada, diz Hermann-Josef Blanke, *“se o servidor público não der cumprimento a uma decisão de tribunal administrativo, a autoridade pública ou a pessoa jurídica correspondente incorreria, em caso de negligência ou dolo, em violação de dever funcional que tem como consequência a responsabilidade civil”* (Código de Jurisdição Administrativa, o Modelo Alemão, p. 52). A multa devida pela autoridade administrativa que descumpra a ordem judicial é de dez mil euros (§ 172, do Código de Jurisdição Administrativa da Alemanha).

A Administração Pública deverá se curvar à decisão judicial, dando cumprimento ao que restou proclamado para corrigir a omissão do exercício da polícia administrativa.⁷² Se a decisão não for cumprida, o que não se admite no Estado de Direito, o processo é taxado de injusto, em razão de um acesso à justiça incompleto.⁷³

⁷² Eduardo Garcia de Enterría, sobre o tema, recorda a norma inscrita no art. 19.4 da Lei Fundamental de Bon: *“toda persona cuyos derechos sean vulnerados por los poderes públicos tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales”* (Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. Un Cambio de Paradigma? p. 136).

⁷³ Leonardo Greco, ao proceder ao estudo pertinente às garantias fundamentais do processo, enfatiza que “no Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdiccional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdiccional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana” (Estudos de Direito Processual, p. 225).

CAPÍTULO X – CRÍTICA À OMISSÃO DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO

A omissão da fiscalização das ocupações de áreas urbanas e construções pelo Município não se justifica. Ela se reflete no âmbito da própria Administração Pública e no campo de ação do Poder Judiciário. Os interesses dos administrados e da coletividade são prejudicados. Muitas vezes os conselheiros se protraem no tempo, levando anos. Há casos até de irreversibilidade da situação decorrente da omissão, sem possibilidade de correção, mesmo com o socorro da atividade jurisdicional, em virtude de problemas sócio-econômicos.

Os reflexos da omissão da fiscalização das ocupações e construções podem ser classificados em internos e externos.

Os reflexos internos dizem respeito à desestruturação da cidade. Os reflexos externos referem-se às relações jurídicas entre o Poder Executivo Municipal e o Poder Judiciário Estadual que são atingidas por impasses decorrentes das demandas judiciais, em especial no que atine ao cumprimento das decisões.

Procede-se à análise crítica dos reflexos da omissão no âmbito interno.

Antes da edição do Estatuto da Cidade, a Lei nº 6.766/79, que trata do Parcelamento do Solo, fez previsão para a instituição de um plano diretor, contendo diretrizes de urbanização para a região em que se situa o loteamento, com o objetivo de organizar e estruturar as cidades com mais de cinquenta mil habitantes (arts. 6º a 9º). Como que dependendo de regulamentação, a Lei nº 6.766/79 não estabeleceu normas para a elaboração do plano diretor. O diploma legal não fez referência à participação dos munícipes na elaboração do projeto de lei para sua edição e vigência. O mesmo pode ser dito sobre a gestão democrática. Com trinta anos de vigência, a Lei nº 6.766/79 convolveu-se no diploma legal sucedâneo do vetusto Decreto-lei nº 58/37, que cuidava dos loteamentos em geral, apresentando novas regras de controle e fiscalização do parcelamento do solo pelo Município, Distrito Federal e Ministério Público, além de procedimentos voltados para satisfazer interesses individuais e coletivos dos adquirentes de lotes de terreno.

Para regulamentar a norma constitucional que versa sobre política de desenvolvimento urbano, inscrita no art. 182, da Lei Fundamental, foi editada a Lei nº 10.257/01, que instituiu normas gerais de índole estatutária para todos os municípios. Esse diploma legal passou a ser chamado de Estatuto da Cidade, perfilhando entendimento

habermasiano pertinente à democracia deliberativa nos preceptivos legais constantes dos arts. 2º, II e XIII, 43, II e IV, 44 e 45, que tratam do plano diretor e da gestão democrática da cidade, respectivamente.

A regulamentação das normas insculpidas no art. 182, §§ 1º e 2º, da Carta Federal pelos arts. 1º, 2º, 4º, 39, 40 e 41, da Lei nº 10.257/01, atribuiu ao Poder Público municipal a função de “agente fiduciário” do planejamento e da execução do ordenamento urbanístico. Com isso, vinculou-se a cumprir o procedimento necessário à aprovação do plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, integrante do planejamento municipal de todas as cidades com mais de vinte mil habitantes, que compõem as regiões metropolitanas ou turísticas, além das que se emolduram no precitado art. 41, do Estatuto. O plano diretor dispõe sobre os objetivos a serem atingidos e as diretrizes imprescindíveis ao desenvolvimento urbano.⁷⁴

O procedimento de elaboração do plano diretor e da fiscalização de sua implementação, cognominado de “processo” adota os princípios da democracia deliberativa quando o inciso I do § 4º, do art. 40, da Lei nº 10.257/01 dispõe que impescinde de audiências públicas, debates, participação da população e de associações representativas dos diversos segmentos da comunidade. A gestão democrática da cidade deve contar com órgãos colegiados de política urbana, debates, audiências e consultas públicas, conferências sobre os assuntos de interesse urbano, iniciativa popular de projeto de lei, planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, conforme dispõe o art. 43. São procedimentos que – se não observados pelo Município – propiciam a incidência dos agentes públicos nas sanções da improbidade administrativa de que trata a Lei nº 8.429/92, de acordo com a previsão do art. 52, VII, do Estatuto da Cidade.

Como se viu no exame das causas de pedir da ação civil pública, diante do disposto no art. 50, da Lei nº 10.257/01, na redação da Lei nº 11.673/08, o prazo para aprovação do plano diretor se encerrou em 30/06/08. Os Prefeitos municipais que se omitiram, deixando de

⁷⁴ José Afonso da Silva enfatiza que “o plano diretor é, nos termos da Constituição e do Estatuto da Cidade, o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. É obrigatório para cidades com mais de 20.000,00 habitantes, integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas e de áreas de interesse turístico, onde o Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos do parcelamento, edificação e utilização compulsórios ou inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional. É *plano*, porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo em que estes devem ser alcançados (ainda que, sendo plano geral, não precise fixar prazo, no que tange às diretrizes básicas), as atividades a serem executadas e quem deve executá-las. É *diretor* porque fixa as *diretrizes* do desenvolvimento urbano do Município” (*Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 139).

dar cumprimento aos princípios da participação e deliberação democráticas na elaboração das leis de gestão, estão colaborando com a consolidação da cidade ilegítima.

À proporção que se distancia do termo inicial da vigência da Lei nº 10.257/01, ou seja, de 09/10/01, percebe-se que fica cada vez mais difícil a reversão da cidade ilegítima à ordem legítima. O termo final para aprovação do plano diretor se encerrou em 30/06/08. Aos Prefeitos municipais que assumiram novos mandatos, em substituição aos que deixaram o Executivo local, compete corrigir as omissões e recuperar o tempo perdido. Devem dar início aos procedimentos democráticos delineados na lei de regência para elaborar o plano diretor ou rever os que porventura foram instituídos há mais de dez anos, além de observar, estritamente, os comandos legais acerca da gestão democrática da cidade, com destaque para as normas que cuidam dos projetos de leis de diretrizes orçamentárias e de planos de desenvolvimento urbano.

Contudo, tem-se que importante para a estruturação, organização e desenvolvimento da cidade é dar cumprimento às normas que versam sobre a gestão democrática, tais como debates, audiências e consultas públicas, conclamação para apresentar projetos de leis de programas e de desenvolvimento urbanos, de diretrizes orçamentárias e orçamento anual pela população e associações representativas e sua participação nas gestões das regiões metropolitanas, providências previstas nos arts. 43, 44 e 45, da Lei nº 10.257/01. O Poder Público municipal está submetido ao dever de tudo fazer para dar execução à boa política de desenvolvimento urbano, vinculado que está às determinações constantes do art. 182, da Lei Maior.

As normas do Estatuto da Cidade pertinentes à democracia deliberativa e a gestão democrática integram o direito contemporâneo, ou seja, a era moderna habermasiana e de caráter universal, legitimado pelo processo legislativo, que têm supedâneo na soberania.⁷⁵

A inobservância das diretrizes traçadas pelo Estatuto da Cidade, como foi visto, colide com o princípio da legalidade e abalroa o da eficiência. Fere os princípios específicos da democracia deliberativa e da gestão democrática da cidade. A omissão da instauração do procedimento de elaboração do plano diretor e de fiscalização da sua implementação, a não realização dos debates, audiências e consultas públicas, inclusive acerca da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, o fato do Município não conclamar a população para

⁷⁵ De acordo com Jürgen Habermas “o direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo” (*Direito e Democracia entre Facticidade e Validade, vol. I, p.p. 114-115*).

apresentar projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, a não participação da população e de associações representativas dos diversos segmentos da sociedade nos organismos gestores das regiões metropolitanas, violam as recomendações legais constantes dos arts. 39 a 45, da Lei nº 10.257/01. Demais disso, todo esse comportamento omissivo e inercial responde pela formação da cidade ilegítima, vale dizer, a que se forma à margem da lei.

O Estatuto conta oito anos de vigência. A elaboração da lei do plano diretor com a participação da população não se esgota com sua votação para ter vigência. Ela é o instrumento primordial da política do desenvolvimento e de expansão urbana, segundo o art. 40 § 1º, do Estatuto. Ao entrar em vigor, serve de instrumento de fiscalização, vale dizer, é o diploma legal que vai legitimar o ente federativo municipal a exercer a polícia administrativa, coadjuvado pela população e associações representativas que participaram das audiências públicas e debates discursivos, de modo a atingir o bem-estar dos que residem ou são domiciliados na cidade.

O Município do Rio de Janeiro, *exempli gratia*, vive o maior caos urbanístico de todos os tempos. Pautado também pela omissão anunciou recentemente que pretende “acelerar a discussão no novo plano diretor”, como noticia o jornal O Globo, de 18/07/09, sábado, caderno Rio, p. 13. O anterior só serviu para acomodar loteamentos, ocupações e construções irregulares. Se desde a sua implantação tivesse sido alterado, com observância do cumprimento das normas legais de gestão democrática, não chegaria ao extremo da desordem urbanística para agrado do jornalismo em divulgar notícias que mais aumentam a descrença da população no serviço público. A estruturação e o desenvolvimento da cidade legítima seriam os alvos a atingir, já que para isso o Município foi constituído.⁷⁶

⁷⁶ José Carlos Alves da Silva anota: “tudo se resume à falta de comando, de fiscalização, de exercício do poder de polícia pelas autoridades municipais sobre o processo de urbanização predatória e irracional que marca nossas grandes cidades. Às vezes essa (ir)responsabilidade é compartilhada com órgãos do Estado, nos casos de áreas de interesse metropolitano e/ou ambiental (como nas áreas de proteção aos mananciais). O deficiente funcionamento desse serviço público, que irradia efeitos danosos aos administrados difusamente considerados, ora decorre de fatores estruturais (de pessoal ou financeiro), ora da compleição moral das autoridades e servidores públicos (corrupção, prevaricação), ora da falta de vontade política de prefeitos em planejar ou prover a máquina administrativa de recursos humanos e materiais, ora de sua omissão ou descaso com o meio ambiente natural e urbano. Nesse contexto, a população sofre os efeitos da *cidade ilegal*, arcando com os custos das inevitáveis intervenções do poder público para a sua regularização. Conflitos típicos das cidades desordenadas são travados diariamente por detentores de propriedades, entre si, assim como entre os que exercem atividades do mercado formal. Proprietários de imóveis desrespeitam as limitações de recuo e altura das construções, com edificações excessivamente altas que projetam sombras nas residências vizinhas, privando-as de insolação, areação e iluminação. Merece destaque, na espécie, a construção de prédios de apartamentos em localidades onde as limitações outrora impunham um padrão de edificações unifamiliares. Isso ocorre, em regra, graças à habilidade de um poderoso *lobby* das empresas do mercado imobiliário, que logram *convencer* vereadores e prefeitos a modificarem, pontualmente e sem planejamento, o zoneamento das cidades” (Favelas e Meio Ambiente Urbano, *in Direito Urbanístico e Ambiental*, p.p.276-277).

A cada mudança de governo municipal cumpre ao Prefeito, ao assumir, implantar desde logo a democracia deliberativa de índole procedural e de inspiração habermasiana que, como se vê dos dispositivos analisados, é claramente explicitada no Estatuto da Cidade. Assim agindo, o Município que se submete à sua administração ficará excluído do extenso rol dos que integram a cidade ilegítima. Resta a assunção de um comportamento traduzido no *facere*, com abandono da leniência administrativa e da conduta omissiva, que muitas vezes caracterizam uma democracia não mais condizente com o Estado de Direito, onde parte dos políticos e administradores públicos está mais interessada no patrimonialismo e no nepotismo do que atender às reivindicações da coletividade.

Da parte dos seus destinatários, ou seja, dos indivíduos participativos, urge que eles permutem sua condição de sujeitos privados do direito pela perspectiva de participantes dos procedimentos de entendimento acerca de regras de convivência recíproca.⁷⁷ Urge, outrossim, que tendo participado dos discursos, debates e da deliberação, *verbi gratia*, do plano diretor, como destinatários das normas legais e regulamentares, não se olvidem da validade do que decidiram no espaço público, devendo reverenciá-las, assumindo, inclusive, a posição de coadjuvantes dos fiscais da ordem urbanística. Do contrário, serão indivíduos participativos da coletividade de um município em que a democracia deliberativa restou implantada, mas os resultados não atingiram os objetivos da execução da política urbana, instituída pelo art. 182, da Lei Fundamental.

A omissão da fiscalização das ocupações e construções pelo Município é a responsável pela instituição da cidade ilegítima.

Nesta abordagem crítica é enfocada a difícil reversibilidade da cidade ilegítima à ordem legítima. A cidade ilegítima provém da omissão da autoridade pública no exercício do poder de polícia administrativa. Tão logo munícipes infratores das normas legais e regulamentares iniciem as ocupações e construções irregulares, como foi analisado, deve a Administração Pública impedir extrajudicialmente sua continuidade, através da remoção de pessoas e do embargo das obras.

⁷⁷ Jürgen Habermas, no posfácio da sua obra, deixa enfatizado que: “para que o direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência. Nesta medida, o Estado democrático de direito depende de motivos de uma população *acostumada* à liberdade, os quais não são atingidos pelas intromissões do direito e da administração” (*Direito e Democracia entre Facticidade e Validade, vol. II, p. 323*).

Cumulativamente, como já foi visto, o Poder Público pode, ainda, aplicar as multas cabíveis, de acordo com a previsão das leis municipais, garantido que está pelo poder de auto-executoriedade dos atos administrativos de polícia. Dependendo da extensão das ocupações e das construções é facultado ao ente municipal ingressar em juízo. Atuando prontamente, logo após receber a notícia das ocupações e construções iniciadas, não haveria tempo para a formação da cidade ilegítima, isto é, instituída à margem da legitimidade, no caso decorrente da culpa exclusiva de quem desprezou o que a Constituição Federal dispôs e o Estatuto da Cidade regulamentou para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e do bem-estar dos munícipes.

Como se vê, basta a autoridade administrativa bem prestar o serviço público de polícia administrativa, pois tem o dever de perseguir a eficiência, princípio constitucional. Para tanto pode, por exemplo, redistribuir as tarefas dos servidores públicos encarregados da fiscalização, designando outros para essa atividade, criando cargos efetivos e procedendo à abertura de concursos públicos. Pode ainda se servir dos ocupantes dos cargos comissionados da Prefeitura municipal, sob a supervisão da Secretaria de Obras e Urbanismo e da Chefia de Gabinete, com a assessoria jurídica da sua Procuradoria, órgãos comuns à estrutura dos Municípios.

Se nada for feito nesse sentido, mormente após a vigência do Estatuto da Cidade – que, repita-se, já conta oito anos – restará consagrado, de uma vez por todas, que a Administração Pública municipal quer continuar como responsável pelo crescimento da cidade ilegítima, com nefastas conseqüências para os administrados nela residentes e domiciliados, que aguardam do Poder Público local a retomada do comportamento voltado para “*o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantia do bem-estar social dos seus habitantes*”, como dispõe o art. 182, da Constituição da República. O Município que não se pauta pela preservação e manutenção da ordem urbanística, decorrente de omissão do poder-dever de fiscalização das ocupações, é candidato a acrescer o rol dos que são conhecidos como de pior qualidade de vida e que não se importam com o bem-estar dos seus habitantes, além de se responsabilizar pelas conseqüências daqueles que constroem em locais de risco.

Os princípios normativos da Constituição Federal, da Lei do Parcelamento do Solo e do Estatuto da Cidade, antes abordados, não podem ser transmudados em molduras de quadros sem tela da Administração Pública municipal. Princípios e valores elencados em lei, ainda que local, máxime voltados para regular as relações do Estado com o cidadão, devem

ser dotados de efetividade.⁷⁸ Do contrário, novos habitantes do Município e Prefeitos eleitos e empossados nos seus mandatos não terão estímulo para tentar reverter a situação, de forma a poder reiniciar ou iniciar a recuperação do que foi degradado.

Não se tem cognição de que os Prefeitos dos municípios mais populosos têm obedecido aos comandos legais referidos. Se assim agissem, não se assistiria a desordem urbanística hoje vivida em quase todos os seus bairros. O Estatuto preconiza justamente o contrário: ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade para alcançar o bem-estar dos que nela residem ou são domiciliados.

Os preceptivos constantes do Estatuto, vigente há oito anos, não sensibilizaram Prefeitos nem Secretários Municipais de Obras e Urbanismo. Bem que poderiam ter recebido com bons olhos os recados legais para cumprir seus comandos, encerrando suas gestões com aplausos e louvores dos munícipes beneficiados com a boa execução da política urbanística. Além de percorrerem o caminho legal da correta Administração Pública, certamente fariam jus a um segundo mandato ou obteriam votos para cargo político mais elevado.

Parece, entretanto, que Prefeitos municipais vêm se olvidando dos compromissos assumidos perante a população, por ocasião da campanha política, optando pelo desrespeito das normas legais. Os que assim agem, preferindo a inércia administrativa no que pertine à fiscalização urbanística trilham por um caminho mais fácil. Dedicam-se a outras atividades políticas e realizam obras a fim de captar votos para as próximas eleições e não procedem às remoções de pessoas e demolições das construções irregulares. A omissão da fiscalização e o descumprimento das normas do Estatuto da Cidade constituem a receita da substância corrosiva da ordem urbanística.

Procede-se à análise crítica dos reflexos da omissão no âmbito externo.

Os reflexos externos são oriundos dos obstáculos para efetivar a decisão que manda remover pessoas e demolir construções, imputáveis à autoridade municipal, por mais um comportamento omissivo, como já analisado.

A freqüente notificação de autoridades administrativas indicadas como coatoras em mandado de segurança, a expedição de mandados de citação do ente público para responder

⁷⁸ Marcos Alcino de Azevedo Torres, abordando o tema, sustenta que “é necessário que tais princípios e valores ganhem efetividade, isto é, se materializem no mundo dos fatos, em aproximação tão íntima quanto possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social, salvando a cidade perdida para criar a cidade viável, reconhecendo a todos o direito à cidade, caracterizado como conjunto de medidas que promovam a melhoria da qualidade de vida, mediante adequada ordenação do espaço urbano e a função de bens e serviços comunitários por todos os habitantes da cidade...” (*A Propriedade e a Posse Um Confronto em torno da Função Social*, Introdução, p.p. xxxii e xxxiii).

aos termos de demandas judiciais ou para cumprir medidas de urgência, os pedidos de suspensão da execução de liminar, antecipação de tutela e dos efeitos da sentença proferida pelo juízo da comarca onde o Município se situa e o não cumprimento ou a postergação do cumprimento da prestação de fazer, no caso, mandar desocupar as áreas urbanas e demolir as construções – traduzindo-se em medidas coercitivas impostas à Administração Pública – causam impasses no relacionamento entre Têmis e Leviatã.

Tudo poderia ser evitado se a Administração Pública cumprisse o seu dever. Mas parece que esse comportamento tomou conta de alguns Prefeitos municipais que ainda se encontram na “menoridade administrativa”, desconhecendo que o Município, depois da promulgação da Carta Federal, já vintenária, é o responsável pela ordem urbanística.

Esses impasses são comuns entre os Poderes constituídos em países onde o Estado de Direito está presente. O acesso à justiça integra os direitos e garantias de uma Democracia. Garantido este acesso, decidido o conflito e cumprida a sentença os desgastes são superados. O que se verifica, porém, é um excessivo número de demandas judiciais deflagradas em desfavor da Administração Pública, corolário da má prestação do serviço público, no oblívio de que deve sempre estar voltada para os administrados.

Os indivíduos participativos prejudicados pela omissão do Município em dar início aos procedimentos mencionados, atingidos no seu patrimônio pela prática de ilícitos decorrentes da desordem urbanística, têm interesse e legitimidade para exigir do Poder Judiciário a tutela judicial adequada a proteger seus direitos. Cabe-lhes, ainda, aforar as ações judiciais em desfavor do ente público para que possam se ressarcir dos prejuízos suportados em decorrência da indigitada omissão, conforme analisado. São os reflexos da omissão no âmbito externo que vão desaguar na jurisdição administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a relevância do tema, haja vista o dever maior do Município na preservação e manutenção da ordem urbanística, sobretudo após a edição do Estatuto da Cidade, dele se exigindo, cada vez mais, a observância da eficiência na fiscalização das edificações, procurou-se mostrar as causas da desordem urbanística e as conseqüências da omissão.

É uma contribuição para alertar os titulares da Administração Pública da extrema necessidade de se proceder às modificações do modo de prestar o serviço público de fiscalização urbanística, objetivando corrigir os desmandos pertinentes às ocupações e construções, situação que assola um grande número de municípios brasileiros, mormente os de maior índice demográfico.

A abordagem desenvolvida acerca da omissão do dever de fiscalizar as ocupações e construções procura incutir em Prefeitos, Secretários Municipais de Obras e Urbanismo, demais dirigentes de órgãos da Administração Pública direta, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações integrantes da Administração Pública indireta e Câmara de Vereadores, uma nova mentalidade com o objetivo de clamar a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, constantes do art. 37, da Carta Federal, todos de inteira aplicação à atividade de fiscalização urbanística.

Paralelamente, tenta conscientizar o Município da necessidade de observar os princípios e dar cumprimento aos preceptivos inscritos na Lei do Parcelamento do Solo, no Estatuto da Cidade e nas leis locais de posturas, além de implementar ação conjunta com a participação das autoridades e dos órgãos mencionados e das Associações de Moradores, voltada para a permanente vigilância contra a desordem urbanística referente às ocupações e construções.

O ente federativo tem a opção de buscar a contribuição de pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público federal e estadual, domiciliadas no Município para, em conjunto ou isoladamente, coadjuvarem no combate às ocupações e edificações irregulares promovidas por pessoas físicas ou jurídicas, notadamente as detentoras de situação econômico-financeira privilegiada, que exercem atividades de parcelamento do solo, incorporação imobiliária ou construção civil.

O Município, que tem o poder-dever de fiscalizar, deve dar o exemplo, bem exercendo suas atividades para que possa exigir dos administrados o respeito e o cumprimento das normas legais e regulamentares que regem a ordem urbanística, daí a insistência da imprescindibilidade de se afastar a omissão da fiscalização.

De toda exposição, tem-se que a Administração Pública municipal precisa se submeter a uma mudança de paradigma de comportamento. Prefeitos e demais agentes públicos encarregados da fiscalização urbanística das ocupações e construções não podem continuar a atuar à margem dos princípios e normas da Constituição e da legislação de regência.

A adoção de procedimentos administrativos diversos dos modelos atuais, por parte dos que administram, propicia, em pouco espaço de tempo, o progresso e o crescimento ordenados do Município.

Ademais, os que administram têm convicção de que a omissão da fiscalização das ocupações e construções tem conseqüências negativas na coletividade e reflexos no Poder Judiciário, ocasionando excessivo número de ações em que o Município figura como parte. Basta a assunção de uma conduta comissiva.

A apresentação de alternativas para minorar os conflitos sócio-jurídicos decorrentes da omissão também se traduz-se numa tentativa de reduzir, ao mínimo, o número de demandas judiciais envolvendo pretensões fundadas na omissão do Município em fiscalizar as ocupações e construções, sem prejuízo da garantia do acesso à jurisdição, à disposição daqueles que suportam lesão ou ameaça a direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *El Concepto y La Validez Del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994.
- ALVES, Rogério Pacheco. *Prerrogativas da Administração Pública nas Ações Coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- AMENDOEIRA Jr., Sidnei. *Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006.
- ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo na Cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- _____. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- _____. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BORDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 6. ed. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO, Eduardo Santos. Ação Civil Pública: Instrumento para implementação de prestações estatais positivas, *in Revista do Ministério Público*, n. 20. Rio de Janeiro, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

- CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CYMBALISTA, Renato. Política Urbana e Regulação Urbanística no Brasil - conquistas e desafios de um modelo em construção, *in Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coordenadores). *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- DIDIER Jr., Fredie. *Ações Constitucionais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil-Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 10. ed. 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. 9. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1978.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. Um Cambio de Paradigma?* Madrid: Aranzadi-Civitas, 2007.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FROMONT, Michel. *Droit Administratif des États Européens*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006.
- GÁLVEZ, Juan F. Monroy. *Teoría General Del Proceso*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- GARZÓN, Juan Antonio Robles. *Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

- GIL, Milagros Lopes. *Avances en la Ejecución de Sentencias contra la Administración*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, vol. I, Tradução de Flávio Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, vol. II, Tradução de Flávio Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, Utopia e Trabalho*. Londrina: Cefil, 1999.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KUMAR, Krishan. *Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio - ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005.
- _____. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- MADEIRA FILHO, Wilson. Colonização Verde: Estratégias da Política Florestal após o Protocolo de Quioto, *in Direito e Justiça Ambiental*. Niterói: Editora do PPGSD da Universidade Federal Fluminense, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, vol. 3, Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões Polêmicas sobre a Ação Civil Pública, *in Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Ano I nº I. Rio de Janeiro: Justiça e Cidadania, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Direito de Construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Direito Municipal Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1989.

- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- _____. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MUSSE, Ricardo. *Fato Social e Divisão do Trabalho* (de Émile Durkheim). São Paulo: Ática, 2007.
- MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- NEVES, Edson Alvisi. *O Tribunal do Comércio*. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2008.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2008.
- OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PÉREZ, Jesús González y CASSAGNE, Juan Carlos. *La Justicia Administrativa En Iberoamérica*. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- RALWS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa, *in Revista do Ministério Público*, nº 21. Rio de Janeiro, 2005.
- RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. Tradução de José Cretella Jr. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, José Carlos Alves da. Favelas e Meio Ambiente Urbano, *in Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter. *Código de Jurisdição Administrativa (O modelo alemão)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988, Aspectos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse Um Confronto em torno da Função Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VASCONCELOS, Edson Aguiar de. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, vol. 2. Brasília: Fundação Universitária de Brasília, Imprensa Oficial, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)