

HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA ORDEM URBANÍSTICA:

LUÍS ANTÔNIO ROSSI.

Advogado. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutorando em Direito pela PUC/SP. Professor titular da disciplina Introdução aos Estudos do Direito do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Palestrante em diversas Faculdades de São Paulo. Atual Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino.

MARCELO JOSÉ GRIMOME.

Advogado, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bacharel em História pelo Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Mestre em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP. Doutorando em Direito pela PUC/SP. Professor adjunto de Direito Administrativo, Constitucional, Filosofia do Direito e Tributário da Universidade Paulista UNIP. Atual Coordenador da Pós-Graduação, área de concentração Direito Público do curso preparatório para concurso FMB.

Resumo: O presente artigo é uma breve discussão e análise crítica acerca dos atos de improbidade administrativa na tipologia específica do Estatuto da Cidade, precisamente em seu artigo 52. O Estatuto da Cidade alargou as hipóteses de improbidade administrativa, apontando atos ou omissões contra a ordem urbanística, determinando a aplicação das normas da lei 8.429/92. O presente estudo pretende um enfrentamento do tema, uma exposição da doutrina e uma possível solução da matéria do aludido Estatuto.

Palavras-Chave: Direito Administrativo; Hermenêutica; Controle da Administração Pública, Improbidade Administrativa, Estatuto da Cidade, Direito Urbanístico

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, marco do direito pátrio, inaugurou tema relevante denominado “Da Política Urbana”, e, especificamente, em seu artigo 182, apontou que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.¹

A Carta estabeleceu, ainda, o plano diretor como “o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” e determinou que “a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”, obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes.²

A lei federal n. 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabeleceu normas de ordem pública e interesse social que regularam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.³

A expressão normas de ordem pública e interesse social, embora pareça redundante, não se mostra despropositada. Tratando-se de normas urbanísticas, inseridas no âmbito do Direito Público, configuram logicamente preceitos de ordem pública. No entanto, o legislador talvez quisesse ressaltar e tornar clara uma nova conformação de direitos ou de figuras jurídicas classicamente vislumbradas sob o ângulo privado.⁴ Direitos que inseridos na legislação passam a regular o uso da propriedade urbana em prol da coletividade, do bem-estar dos cidadãos, da qualidade de vida, e do desenvolvimento sustentável urbano das cidades brasileiras.

¹ CF/88, artigo 182, “caput”.

² CF/88, artigo 182, § 1º e §2º

³ Lei n° 10.257, de 10-7-2001, artigo 1º, parágrafo único.

⁴ MEDAUAR, Odete e Almeida, Fernando Dias Menezes (Coord.) **Estatuto da Cidade. Lei 10.257 de 10.07.2001. Comentários.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 16.

Ao estabelecer as diretrizes gerais da política urbana no Brasil, o Estatuto da Cidade regulamentou normas contidas na Constituição Federal, sobretudo no artigo 182. O urbanismo redonda na absoluta necessidade de se coordenar a vida em comum para o bem estar de todos.⁵ E o objetivo da política urbana é ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade e da propriedade urbana.⁶ Para garantir o cumprimento dos objetivos da política urbana, o Estatuto se utiliza dos critérios estruturais adotados pela Lei 8.429/1992, para centrar atenção específica nos prefeitos das cidades (ou Governador do Distrito Federal, conforme determina o artigo 51 do Estatuto da Cidade) apontando uma série de hipóteses, nas disposições gerais, especificamente no artigo 52, que passam a integrar novo rol de atos de improbidade⁷:

Artigo 52 – Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429, de 02.06.1992, quando:

I – (Vetado)

II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do artigo 8º desta Lei;

III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no artigo 26 desta Lei;

IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no artigo 31 desta Lei;

V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no §1º do artigo 33 desta Lei;

VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incs. I a III do § 4º do artigo 40 desta Lei;

VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no §3º do artigo 40 e no art. 50 desta Lei;

VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos artigos. 25 e 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.⁸

Já a Lei 8.429/92 agrupou os atos de improbidade em três categorias distintas, considerando os valores jurídicos afetados pela conduta e suscetíveis de tutela:

- 1) Atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º);
- 2) Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (artigo 10º);
- 3) Atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11º).

⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 2º Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

⁶ Artigo 2º da Lei 10.257, de 10.07.2001.

⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado**. 5º edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 207.

⁸ Lei 10.257, de 10.07.2001.

O Estatuto da Cidade, todavia, considerou como de improbidade certos atos ou omissões relativas à ordem urbanística, determinando a aplicação das normas da Lei 8.429/92. Destarte, poderíamos apresentar a primeira indagação relacionada ao tema em comento. Parte da doutrina diverge sobre a necessidade das novas hipóteses de configuração de improbidade, porquanto dos comportamentos estabelecidos como atos de improbidade e delineados pelo Estatuto da Cidade, já estariam implicitamente descritos nos atos de improbidade da Lei 8.429/92.⁹

A crítica, como analisaremos, merece consideração, no entanto o presente artigo expõe de maneira sucinta a necessidade da configuração específica de atos de improbidade voltados para a questão urbana, em face da natureza da matéria e sua importância. Ademais, as hipóteses tratadas no Estatuto, o objeto da tutela, estão relacionadas exclusivamente a ordem urbanística do Município, ou se assim, se preferir, a observância das diretrizes gerais de política urbana definidas no plano diretor do ente municipal.¹⁰

Em face da posição adotada, comentaremos os atos comissivos e omissivos de improbidade elencados no Estatuto da Cidade apresentando as principais indagações e apontaremos posições acerca do tormentoso tema.

Outro debate promovido pela doutrina acerca do artigo 52 do Estatuto da Cidade diz respeito à presença necessária dos demais requisitos da Lei de Improbidade Administrativa. Ou seja, as hipóteses do Estatuto isoladamente não teriam aplicabilidade, deveriam causar enriquecimento ilícito (artigo 9º), ou prejuízo ao erário (artigo 10º) ou atentar contra os princípios da Administração Pública (artigo 11º). Enfrentaremos o debate, ao comentar o artigo 52 e seus incisos que as hipóteses são suficientes para a configuração da improbidade.¹¹

Por derradeiro, em relação ao elemento subjetivo analisaremos as condutas dolosas e a possibilidade da culpa. Já a figura do sujeito ativo apresentada pelo Estatuto é o prefeito e o Governador do Distrito Federal. No entanto, iremos analisar a possibilidade de outros agentes responderem por esses atos unívocos de improbidade, em determinada situação.

⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 5º edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 129.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 998.

¹¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 5º edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 129.

Capítulo 01. A Ordem Urbanística: Diretrizes Constitucionais

A doutrina classifica com meio ambiente artificial uma das espécies do meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 da Constituição Federal. Trata-se daquele construído pelo homem. Uma ocupação gradativa dos espaços naturais, transformando-os em espaços urbanos artificiais.¹² O meio ambiente artificial é o estruturado através da cidade e a possibilidade de nela se viver com qualidade de vida.¹³

A matéria relacionada ao meio ambiente artificial é de suma importância para o Brasil, que hoje possui 5.564 Municípios e uma população urbana de 84,35%.¹⁴ Com o desenvolvimento da indústria e a falta de condições no meio rural, o país assistiu, a partir do final da década de 1950, a um êxodo rural sem precedentes. No entanto, esse processo de urbanização se tornou assimétrico, privilegiou inicialmente apenas as grandes capitais do Sudeste. Um adensamento, que na maioria das vezes ocorreu, sem planejamento nem controle, se de um lado ofereceu a uma parcela da população acesso ao trabalho e, para alguns, melhores condições de vida, por outro lado causou um desequilíbrio urbano que não foi ainda solucionado, inclusive no que toca às questões ambientais.¹⁵

Essa urbanização também passou a consumir maiores recursos naturais e serviços públicos, como eletricidade, água tratada, impermeabilização do solo, estratégias de locomoção e meios de transporte. Dessa forma, são evidentes os impactos ambientais dessa nova realidade sociogeográfica.¹⁶

A Declaração de Estocolmo de 1972 abordou a necessidade de planejar os agrupamentos urbanos e a urbanização, com vistas a evitar repercussões prejudiciais ao meio ambiente e propiciar o máximo de benefícios sociais, econômicos e ambientais.¹⁷

A Agenda 21, produto da Conferência Rio/92, em seu capítulo 7, estabeleceu os seguintes programas visando à promoção do desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos:

1. Oferecer a todos habitação adequada;
2. Aperfeiçoar o manejo dos assentamentos humanos;
3. Promover o planejamento e o manejo sustentáveis do uso da terra;
4. Promover a existência integrada de infraestrutura ambiental: água, saneamento, drenagem e manejo de resíduos sólidos;
5. Promover sistemas sustentáveis de energia e transporte nos assentamentos humanos;

¹² SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 9^o edição, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 535

¹³ BARROS, Wellington Pacheco Barros. **Curso de Direito Ambiental**. 2^o edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 145.

¹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/indicadores/2010/default.shtm>>. Acesso em 05.05.2012

¹⁵ GRANZIERA, Maria Luiza. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 472.

¹⁶ GRIMONE, Marcos Ângelo. **O Conceito Jurídico de Direito Sustentável no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 238

¹⁷ Declaração de Estocolmo de 1972, Princípio 15.

6. Promover o planejamento e o manejo dos assentamentos humanos localizados em áreas sujeitas a desastres;
7. Promover atividades sustentáveis na indústria da construção;
8. Promover o desenvolvimento dos recursos humanos e da capacidade institucional e técnica para o avanço dos assentamentos humanos.¹⁸

Em nossa Constituição, o artigo 21, XX declara competir à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbano, bem como o artigo 5º, XXIII, que disciplina que a propriedade atenderá a sua função social. Destarte, uma política urbana voltada ao desenvolvimento social e ambiental articulada no plano federal.

Ademais, torna-se correto afirmar que o meio ambiente recebeu tutela geral no artigo 225 da Constituição Federal e o meio ambiente artificial especificamente no artigo 182 do mesmo diploma:

“Artigo 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

Os artigos 21, XX e o 182 da Constituição apresentam os fundamentos das duas amplas perspectivas da Política Urbana: uma que tem como objeto o desenvolvimento adequado do sistema de cidades (planejamento urbano) no plano nacional ou macrorregional, de competência federal; e a outra que considera o desenvolvimento urbano no quadro do território municipal (planejamento urbano), de competência local.¹⁹

Segunda a Constituição a Política Urbana busca realizar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, sendo que o § 1º do artigo 182 define o Plano Diretor como o instrumento básico dessa Política. Tudo isso, em última análise, quer dizer que a Política Urbana tem por objetivo construir e ordenar um meio ambiente urbano equilibrado e saudável. É que a qualidade do meio ambiente urbano constitui, mesmo, um ponto de convergência da qualidade do meio ambiente natural (água, ar e outros recursos naturais) e da qualidade do meio ambiente artificial (histórico-cultural).²⁰

Já as diretrizes para a política urbana foram definidas no Estatuto da Cidade: garantia do direito a cidades sustentáveis; gestão democrática; planejamento do desenvolvimento das cidades; ordenação e controle do uso do solo; privilégio para investimentos geradores de bem-estar social; proteção do meio ambiente natural e patrimônio cultural e estímulo à participação popular por meio de audiências públicas.

¹⁸ GRANZIERA, Maria Luiza. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 475.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6º edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 219.

²⁰ Idem, p. 220

O Estatuto em comento apresentou mecanismos institucionais capazes de proporcionar a busca pelas cidades sustentáveis, conceito criado a partir da necessidade de implementação local das propostas da Agenda 21.²¹

Sendo a mais importante norma regulamentadora do meio ambiente artificial, o Estatuto da Cidade criou a garantia do direito a cidades sustentáveis, configurando como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos.

Destarte a Constituição e o Estatuto da Cidade estabeleceram uma ordem urbana centrada no desenvolvimento sustentável das cidades brasileiras e no bem-estar de seus habitantes.

Mas, para atingir os importantes objetivos é dever ético e jurídico do administrador público municipal implementar de forma eficiente e urgente todos instrumentos previstos na ordem urbana pátria, sob pena de agravar os problemas ambientais e sociais das cidades brasileiras e ferir direitos fundamentais da coletividade urbana.

Portanto as novas hipóteses de responsabilização por ato de improbidade foram introduzidas pelo Estatuto, ampliando o rol de condutas proibitivas previstas na Lei 8.429/1992 se justificam, porquanto o Estatuto representa um sistema jurídico próprio e a falta de sua observância importa na improbidade administrativa, sanção apropriada e aplicada aos comportamentos desviantes das obrigações legais e principiológicas impostas aos representantes da administração pública.

As críticas apresentadas aos novos atos de improbidade merecem uma nova análise, em face da especificidade e importância da matéria tratada no Estatuto e a necessidade de impor uma conduta eficiente na aplicação das diretrizes aos prefeitos e ao Governador do Distrito Federal sob pena de transformar as Diretrizes da ordem urbana em Programas que nunca serão realizados pelos municípios brasileiros, o que acarretaria prejuízos à parte significativa da população brasileira.

²¹ GRIMONE, Marcos Ângelo. **O Conceito Jurídico de Direito Sustentável no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 140

Capítulo 02. Comentários aos Atos de Improbidade previstos no artigo 52 do Estatuto da Cidade.

O Estatuto se utiliza dos critérios estruturais adotados pela Lei 8.429/1992 (que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional) para centrar atenção específica nos prefeitos das cidades (ou governador do Distrito Federal, conforme determina o artigo 51 do Estatuto da Cidade), apontando uma série de hipóteses, no plano da Lei 10.257/2001, que, se devidamente apuradas na forma do devido processo legal, passam a integrar novo rol de atos de improbidade administrativa.²²

Artigo 52 – Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429, de 02.06.1992, quando:

I – (Vetado)

Veto ao inciso I do art. 52;

O dispositivo que foi vetado pelo Presidente da República, e que caracterizava como ato de improbidade “*impedir ou deixar de garantir a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil, conforme o disposto no § 3º do art. 4º desta Lei*”, ou seja, o controle social quanto à aplicação de instrumentos relacionados no art. 4º, desta Lei.

*Artigo 4º*²³

§3º Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil

A Presidência da República alegou nas razões do veto que o inciso I contrariava o interesse público, porquanto o controle social dos atos de governo tem feição mais política do que jurídica, encerrando um dispositivo de difícil interpretação e aplicação, em prejuízo da segurança jurídica.

²² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado**. 5º edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 207.

²³ Lei 10.257, de 10.07.2001.

Na argumentação do veto, a imposição das sanções de natureza política, civil e administrativa aos Prefeitos poderia acarretar a uma situação de instabilidade na aplicação dos recursos públicos, na medida em que interesses outros poderiam estar influenciando as pressões e exigências das comunidades, movimentos e entidades.

A argumentação em relação à instabilidade não é sólida, pois os Prefeitos devem aplicar seus recursos de maneira responsável, porquanto serão controlados pelo Legislativo e o Judiciário, além dos limites estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.²⁴

O veto do inciso I, do art. 52, outrossim, não levou em consideração que se o Prefeito, por não atender o § 3º do art. 4º da Lei nº 10.257/01, supracitado, continuará em prejuízo do princípio da legalidade, porque o artigo supramencionado dispõe sobre esse comprometimento. E, tal comportamento comina com o art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, que diz:

Art. 11. “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições...”

Ademais à Presidência da República, ao vetar, não atentou que o inciso estava fundamentado na Constituição que adotou como princípio fundamental a democracia participativa, artigo 14 e outros da Carta, e qualquer obstáculo a participação direta popular deve ser considerado um ato de improbidade administrativa.

II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4 do artigo 8º desta Lei;

Segundo o artigo 8º do Estatuto da Cidade, “Decorridos cinco anos de cobrança de IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.”

Segundo José Afonso da Silva a propriedade urbana é aquela que se destina aos fins urbanísticos, ou seja, à atenção das finalidades elementares da cidade – habitação, circulação, recreação e trabalho -, conferindo qualidade de vida a seus habitantes.

E cabe a municipalidade o estabelecimento de normas urbanísticas, conforme a ordem urbana estabelecida pela Constituição e o Estatuto da Cidade, caracterizadoras dos direitos e limitações da propriedade privada.

Logo, o direito de propriedade urbana é balizado pelos planos urbanísticos que definem o a função social e ambiental de cada imóvel. É, pois, o plano diretor – lei municipal – que irá fornecer, em cada caso, a definição material da função social da propriedade.

²⁴ FREITAS, José Carlos. **Estatuto da Cidade e Improbidade Administrativa**. Disponível: www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno, arquivo/id/43/53, acesso em 14/04/2012, às 8h18

É facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no Plano Diretor, exigir, nos termos do Estatuto da Cidade, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente de: parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, fixando condições e os prazos para implementação da obrigação; aplicação, na hipótese de descumprimento da obrigação imposta de aproveitamento adequado, de IPTU progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de 5 anos consecutivos; e proceder, decorridos 5 anos de cobrança de IPTU progressivo no tempo, sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, à sua desapropriação, com pagamentos em títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal.²⁵

Decorridos cinco anos de cobrança de IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel com pagamento em títulos da dívida pública.

Uma vez aplicadas ao proprietário sanções cabíveis pelo não aproveitamento adequado da propriedade urbana, ou seja, à ordem urbana, recairá sobre o Município essa obrigação.

O legislador institui um prazo de cinco anos para proceder ao adequado aproveitamento do imóvel. Entenda-se, neste caso, que o prazo em tela refere-se ao início das obras que sejam necessárias ao imóvel, não podendo, pois, o legislador fixar um prazo fatal para a conclusão das mesmas, dado o grau de complexidade que a prática envolve.²⁶ No caso da contagem inicial, são cinco anos após a incorporação do imóvel ao patrimônio público, ou seja, da data da entrega dos títulos da dívida pública correspondentes ao valor da desapropriação aos expropriado, sendo estes fixados de forma amigável ou por sentença judicial.

Incorrendo o Prefeito em improbidade administrativa, se depois deste longo percurso, o chefe do executivo municipal deixar de proceder adequado aproveitamento do imóvel assim desapropriado, no prazo supracitado.

Haverá certa margem de discricionariedade ao Prefeito para eleger uma das modalidades de aproveitamento do imóvel incorporado, desde que, nos termos do plano diretor e à ordem urbanística.

Para a configuração da improbidade será necessário o elemento subjetivo dolo, isto é, de voluntária transgressão da norma que estabelece a obrigação funcional de aproveitamento tempestivo do imóvel com pagamento de títulos da dívida pública, por má-

²⁵ Constituição Federal, artigo 182, §4º, incisos I, II e III.

²⁶ MALUF, Carlos Aberto Dadas e MALUF, Adriana C. do Rego Freitas. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 76.

fé, falta de probidade na gestão da política urbana, ato atentatório à ordem urbana, descumprimento do princípio da eficiência.²⁷

Quanto à natureza da conduta será comumente omissiva, deixar de praticar atos administrativos necessários para o aproveitamento imóvel no tempo fixado na lei. E o pressuposto exigível é a conduta expressamente definida no tipo. A descrição do tipo também se enquadra em atentado contra princípios da Administração Pública, isto é contra a eficiência administrativa e toda à ordem urbana.

A conduta poderá ser comissiva se mesmo agindo e respeitando o lapso temporal, o Prefeito destinar o imóvel a atividades contrárias aos interesses públicos, ou aos ditames ambientais e à ordem urbana.

O sujeito passivo da ação será tanto o prefeito (ou Governador Distrital) que efetuou a desapropriação e não deu destino imediato ou correto ao imóvel quanto àquele que, durante seu mandato, deixou de aproveitá-lo, sem dar-lhe a destinação específica prevista no decreto expropriatório, embasado no Estatuto da Cidade e na ordem urbana. Como o mandato de prefeito é de quatro anos, cabendo reeleição, o réu será o prefeito em cujo mandato ou em cujos mandatos não houve a adequada utilização do imóvel.

As sanções por improbidade administrativa também poderão ser aplicadas ao agente público responsável pela administração do bem e aos terceiros beneficiários da não utilização ou da subutilização do imóvel.

“III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no artigo 26 desta Lei;”

Para o Código Civil em vigor, “a preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto.”²⁸

O direito de preempção, no Estatuto, confere ao Poder Público Municipal preferência para aquisição de imóvel urbano, objeto de alienação onerosa entre particulares.

A lei municipal específica, além de delimitar, com base no Plano Diretor, as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixar o prazo de vigência (não superior a 5 anos e renovável a partir de 1 ano após o decurso do prazo inicial de vigência), tem que enquadrar cada área em uma ou mais das finalidades enumeradas no artigo 26.²⁹

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 998.

²⁸ Artigo 513 do Código Civil.

²⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 125.

O direito de preempção representa um importante instrumento de política urbana, que possibilita ao Poder Público uma melhor administração dos espaços habitáveis. Criando, em favor do poder público municipal, uma nova modalidade de preferência com finalidade urbanística, comprometida com a ordem urbana.

Segundo o artigo 26 do Estatuto, o direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para: regularização fundiária; execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; constituição de reserva fundiária; ordenamento e direcionamento da expansão urbana; implantação de equipamentos urbanos e comunitários; criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Registra-se, afinal, que a compra de imóvel pelo Município pelo regime de preempção também está sujeita às normas do Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93 e suas alterações).³⁰ Sendo dispensável em conformidade com o disposto no inciso X do seu artigo 24.³¹

A necessidade do imóvel para o Poder Público Municipal está explicitada na própria lei municipal, que fez incidir o direito de preferência em área, consignada no Plano Diretor, onde aquele está localizado. Porém, o Poder Público só poderá concretizar a aquisição de tal imóvel se o seu preço (proposta de compra do particular interessado) for compatível com o valor do mercado, apurado mediante avaliação prévia.³²

O Prefeito poderá incorrer em improbidade administrativa na hipótese de usar o imóvel, adquirido de particular para o Município, valendo-se do direito de preempção, para fins diversos dos previstos na lei municipal para área de sua localização.

O pressuposto exigível é a conduta expressamente definida no tipo, ou seja, o legislador somente visou à conduta de utilizar área em contrariedade com a finalidade do instituto da preempção.

Trata-se aqui de uma violação ao princípio da legalidade, portanto o elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a intenção, do prefeito em violar o instituto.

³⁰ Idem.

³¹ “Para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionarem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.”

³² PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 125.

A natureza da conduta é a comissiva, não qualificou, assim, como improbidade administrativa, a omissão do Prefeito em utilizar as áreas obtidas por direito de preferência.

A utilização para outro fim, mesmo que qualificado por interesse público ou social, acarretará ao Prefeito (ou Governador Distrital) a aplicação das sanções da lei de improbidade administrativa, especificamente o artigo 12, III.

Poderá, ainda, ocorrer ato de improbidade ainda que o Prefeito venha a destinar o imóvel adquirido a qualquer das finalidades prescritas do supracitado artigo 26 da Lei 10.257/01, desde que, evidentemente, a mesma não tenha sido prevista também pela legislação local.³³

Destarte, a previsão sancionatória do inciso em comento visa coibir o exercício do direito de preferência com desígnio meramente especulativo ou como instrumento de coerção às vésperas de realização de pleitos eleitorais.³⁴

Por derradeiro, a previsão do inciso em comento, é um ato de ilegalidade e improbidade cometido contra a ordem urbanística que merece a sua punição, porquanto fere as finalidades públicas e sociais do Estatuto da Cidade. Caracterizada a conduta dolosa prevista no inciso a consequência será a configuração da improbidade.

“IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no artigo 31 desta Lei;”

A outorga onerosa, segundo os artigos 28 e 29 do Estatuto da Cidade, poderá ser adotada pelo Poder Público Municipal, em áreas fixadas no Plano Diretor, quando houver necessidade de estimular adensamento ou de alteração de uso em determinada localidade urbana.³⁵

É um instrumento de planejamento urbano e ambiental, em função da destinação de recursos obtidos pelas contrapartidas – pagas por quem constrói – para habitação popular, ordenamento da expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos, criação de áreas verdes e proteção do patrimônio cultural. Segundo o Estatuto da Cidade, essa contrapartida deverá ser aplicada pelo Município para a consecução das finalidades previstas no instituto do direito de preempção, quais sejam: a regularização fundiária; a execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; o ordenamento e direcionamento da expansão urbana; a implantação de equipamentos urbanos e comunitários; a criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; a criação de unidades de conservação ou proteção de áreas de interesse ambiental; e a proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

³³ FREITAS, José Carlos. **Estatuto da Cidade e Improbidade Administrativa**. Disponível em: www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno, arquivo/id/43/53, acesso em 14/04/2012, às 8h18

³⁴ SOARES, Marcela Capachi Nogueira Soares. **A improbidade Administrativa no âmbito do Estatuto da Cidade**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/administrativo/artigo2.pdf>, acesso em 16/04/2012, às 10h21.

³⁵ Pazzaglini Filho, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 126.

São benefícios ao meio ambiente, à ordem urbanística assegurados com a outorga onerosa do direito de construir.³⁶

Cabe à lei municipal especificar, com base no Plano Diretor, as condições para tal outorga ou alteração do uso do solo urbano, determinando a fórmula de cálculo da cobrança, os casos passíveis de isenção de pagamento e o valor da contrapartida do beneficiário do solo criado (artigo 30).

Portanto, qualquer desvio desses recursos para outras obras ou atividades para outras obras ou atividades implica em ato de improbidade administrativa, conforme inciso em comento, punível na forma dos artigos 11 e 12, III, da Lei 8.429/92, porquanto, ao desrespeitar o inciso em comento, de caráter vinculativo, o Prefeito (ou Governador Distrital) estará violando princípios da legalidade, moralidade, eficiência e a ordem urbanística.

Na violação dos princípios supracitados, defendo a necessidade da ocorrência do elemento subjetivo é o dolo, ou seja, o desejo de aplicar os valores auferidos em desacordo com o previsto no artigo 31 do Estatuto.

No entanto, se tal aplicação ilegal de recursos públicos acarretar prejuízos concreto ao Erário, a autoridade municipal que assim procedeu, com intenção dolosa ou culposa, responderá pro ato de improbidade administrativa que causa prejuízo aos cofre públicos, artigo 10, caput e incisos IX ou XI da lei 8.429/92.

Quanto a natureza o comportamento será comissivo, ou seja, ímprobo “aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no artigo 31 do Estatuto da Cidade”

“V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do artigo 33 desta Lei;”

Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.³⁷

Da definição legal, podem-se extrair três elementos do conceito de operações urbanas consorciadas, que devem ser observadas. O primeiro dispõe que somente o Poder Público municipal pode coordenar as intervenções urbanas. O segundo se refere à participação dos proprietários, moradores e usuários permanentes, bem como dos investidores das áreas urbanas, que serão objeto da intervenção, de modo que sejam estabelecidos os direitos e

³⁶ MALUF, Carlos Aberto Dadus e Maluf, Adriana C. do Rego Freitas. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 113.

³⁷ Artigo 32, §1º da lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001.

deveres de cada categoria na lei municipal que dispuser sobre a operação. E, finalmente, que as intervenções urbanas previstas devem, necessariamente, ser destinadas para transformações urbanísticas, estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental, devendo a operação urbana atingir as três finalidades.³⁸

É um importante instrumento para estruturação de uma ordem urbana fundada no respeito ao meio-ambiente, valores sociais e bem-estar dos moradores.

Assim, se o prefeito (ou Governador Distrital) aplicar os recursos obtidos de operação urbana consorciada em desacordo com o Estatuto, estará violando a ordem urbanística, o princípio da legalidade, moralidade e eficiência, incorrendo em improbidade administrativa, conforme inciso em comento, nos moldes do artigo 11 da Lei n.º 8.429/92, nas sanções previstas no artigo 12, III do mesmo diploma.

A sua efetiva caracterização fica na dependência de condutas das autoridades municipais responsáveis pela aplicação ilegal tenham sido dolosas, ou seja, com inequívoca intenção de descumprir a norma de vinculação dos recursos.

No entanto, a aplicação irregular dos recursos acarretando prejuízo efetivo ao erário municipal, desde que tenha agido com dolo ou culpa, terá o prefeito que responder por ato ímprobo, conforme artigo 10 caput, e inciso IX ou XI da lei 8.429/92.

Quanto à natureza o comportamento será comissivo, ou seja, ímprobo “aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no artigo 33 do Estatuto da Cidade”

“VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do §4º do artigo 40 desta Lei;”

No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo garantirão: a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.³⁹

O Plano Diretor determina a vida futura da cidade, uma vez que busca ordenar o seu crescimento; dirimir os conflitos sociais; planejar o desenvolvimento habitacional, comercial e industrial; recuperar as áreas deterioradas; atender ao bem-estar dos moradores; preocupar-se com a ordem urbana.

Em face da importância do Plano Direito, o Estatuto da Cidade garante a ampla participação popular, atendendo aos anseios da Constituição Federal que adotou como um dos seus princípios fundamentais a democracia participativa. Podemos afirmar que o

³⁸ MALUF, Carlos Aberto Dadus e MALUF, Adriana C. do Rego Freitas. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 114.

³⁹ Artigo 40, §4º da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

Estatuto incorporou o princípio da gestão democrática da cidade ou do controle social das políticas públicas afetas à ordem urbanística.

O princípio da participação popular caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos da administração pública, com fundamento e amparo no artigo 29, XII da Constituição Federal, que assegura a participação de associações representativas no processo de planejamento municipal.

O inciso em comento caracteriza como improbidade administrativa as condutas dos chefes dos Poderes Legislativo e Executivo Municipais de impedir (conduta comissiva) e de deixar de garantir (omissiva), consciente e voluntariamente, a participação popular no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação.

O prefeito, o Governador Distrital, o servidor ou agente público que impedir ou deixar de garantir a participação popular poderá incidir nas sanções cominadas no artigo 12, III da Lei 8.429/92, por infração ao inciso em comento.

Aqui a conduta será tanto a omissiva quanto a comissiva, e será exigido o elemento subjetivo o dolo.

Não se descarta a responsabilização dos Vereadores por improbidade administrativa, nesta conduta definida no presente inciso, na medida em que participam, por imperativo legal, do processo de elaboração do plano diretor.

“VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância dos dispostos no §3º do artigo 40 e no artigo 50 desta Lei;”

A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos, ou seja, o §3º do Estatuto prevê a periodicidade da revisão do plano diretor, a cada dez anos, com a finalidade de atualizar a ordem urbanística no município, apontando o aspecto dinâmico do plano diretor.

Já o artigo 50 impõe aos Municípios com mais de vinte mil habitantes e que sejam integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas e que não tenham plano diretor aprovado da data de entrada em vigor do Estatuto deverão aprová-lo até 30 de junho de 2008.

O presente inciso contempla como improbidade administrativa o comportamento omissivo do Prefeito de Município com mais de 20 mil habitantes, integrante de aglomerações urbanas e regiões metropolitanas, que não tenham Plano Diretor aprovado na data de entrada em vigor do Estatuto, em garantir a possibilidade de sua aprovação, por lei municipal; e de qualquer município que tenha Plano Diretor e não providenciar sua revisão, ao menos, a cada dez anos.

Cumpra ao Chefe do Poder Executivo Municipal o encaminhamento do projeto de lei referente ao Plano Diretor em tempo hábil, segundo os prazos normais de tramitação do processo legislativo, constantes nas respectivas Leis Orgânicas dos Municípios.

Assim procedendo, não estará sujeito à incidência do inciso em comento, mesmo que, em decorrência de morosidade na tramitação legislativa, seja ultrapassado o prazo legal.

E o prefeito somente por ele responderá caso ficar evidenciado que deixou de encaminhar, no tempo devido, o projeto de lei referente ao Plano Diretor novo ou revisado, por má-fé ou dolo para caracterizar o comportamento ímprobo.

A expressão “deixar de tomar as providências” abrange a conduta omissiva, mas também a comissiva que, através de expedientes, tumultuar, retardar ou obstruir, sem justificativa, o trâmite das fases de elaboração do plano diretor.

Destarte, os Vereadores, outrossim, incorrem em improbidade administrativa, em decorrência do inciso em comento, caso sua conduta se amolde ao inciso.

“VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos artigos 25 e 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.”

Trata-se, portanto, de aquisição pelo Poder Público Municipal, mediante o exercício legal do direito de preferência, de imóvel urbano, que está sendo objeto de alienação onerosa entre particulares, por preço superfaturado, sofrendo, conseqüentemente, o Erário prejuízo.

O prefeito que, mediante conduta intencional (dolo) ou desidiosa (culpa), compra propriedade imobiliária, objeto de direito de preempção, por preço (valor da proposta apresentada) comprovadamente superior ao valor de mercado (superfaturado), será por este tipo de ato de improbidade administrativa acionado.⁴⁰

Afinal, se o Prefeito (ou Governador Distrital), que podia pagar menos na compra de imóvel urbano, retirou mais dos cofres públicos do que deveria, caracteriza-se o dano, o prejuízo, a perda.

A conseqüência é a aplicação das sanções previstas no artigo 12, II da lei 8.429/92.

⁴⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, pg. 136.

Conclusão

Com o presente artigo podemos concluir que o Estatuto da Cidade considerou como de improbidade certos atos ou omissões relativas à ordem urbanística, determinando a aplicação das normas da Lei 8.429/92.

E foi apresentado que as principais diretrizes para a política urbana definidas no Estatuto da Cidade são: garantia do direito a cidades sustentáveis; gestão democrática; planejamento do desenvolvimento das cidades; ordenação e controle do uso do solo; privilégio para investimentos geradores de bem-estar social; proteção do meio ambiente natural e patrimônio cultural e estímulo à participação popular por meio de audiências públicas, como pré-requisitos às instalações de empreendimentos impactantes.

Portanto para a implementação desses direitos é necessário a configuração específica de atos de improbidade voltados para a questão urbana, em face da natureza da matéria e sua importância. Ademais, as hipóteses tratadas no Estatuto, o objeto da tutela, estão relacionadas exclusivamente a ordem urbanística do Município, ou se assim, se preferir, a observância das diretrizes gerais de política urbana definidas no plano diretor do ente municipal.

Ademais, as hipóteses do Estatuto isoladamente tem aplicabilidade, não se faz necessário a comprovação do enriquecimento ilícito (artigo 9º), ou prejuízo ao erário (artigo 10º) ou atentar contra os princípios da Administração Pública (artigo 11º). As hipóteses são suficientes para a configuração da improbidade, pois tratam de uma ordem jurídica específica: a ordem urbana. E todos os incisos do artigo 52 são atentatórios a essa ordem constitucionalmente prevista.

Contudo, verificamos que em relação ao elemento subjetivo as condutas dolosas prevalecem, mas há a possibilidade da culpa.

Por derradeiro, a figura do sujeito ativo apresentada pelo Estatuto é o prefeito e o Governador do Distrito Federal. No entanto, entendo que os agentes públicos que participaram do ato considerado de improbidade também responderão na medida de sua participação. De outro turno, sobre a questão da responsabilidade do particular, a lei de improbidade permite, por intermédio de uma norma de extensão, punir o particular que age de maneira concertada com o agente ímprobo. Portanto defendo que os atos de improbidade previstos no Estatuto da Cidade, especificamente no artigo em comento, aplicam-se ao Prefeito, ao Governador do Distrito Federal, aos agentes públicos que participaram do ato ou se omitiram e o particular que se beneficiou da conduta de improbidade do artigo 52 do Estatuto da Cidade.

Referências

BARROS, Wellington Pacheco Barros. **Curso de Direito Ambiental**. 2º edição. São Paulo: Atlas, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24º edição. São Paulo: Atlas, 2011

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de Improbidade Administrativa**. 2º edição. São Paulo: Atlas, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado**. 5º edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FREITAS, José Carlos. **Estatuto da Cidade e Improbidade Administrativa**. Disponível em: www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno, arquivo/id/43/53, acesso em 14/04/2012, às 8h18

GRANZIERA, Maria Luiza. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

GRIMONE, Marcos Ângelo. **O Conceito Jurídico de Direito Sustentável no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/indicadores/2010/default.shtm>. Acesso em 05.05.2012

MALUF, Carlos Aberto Dadus e MALUF, Adriana C. do Rego Freitas. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDAUAR, Odete e Almeida, Fernando Dias Menezes (Coord.) **Estatuto da Cidade. Lei 10.257,10.07.2001. Comentários**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MORARES, Luís Carlos Silv. **Curso de Direito Ambiental**. 2º edição, São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 2 ° Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 5° edição. São Paulo: Atlas, 2011.

PRESTES, Vanessa Buzelato (org.) **Temas de Direito Urbano-Ambiental**. Belo Horizonte: editora Fórum, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6° edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____ **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6 ° edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 9 ° edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Marcela C. N. **A improbidade Administrativa no âmbito do Estatuto da Cidade**. <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/administrativo/artigo2.pdf>., acesso em 16/04/2012 às 10h21