

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO – PROGRAMA DE ESPECIALIZAÇÃO EM
ADMINISTRAÇÃO – PNAP/UAB
ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL**

MARCELO TRINDADE DA SILVA

**AS AÇÕES JUDICIAIS DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA
E A RESPONSABILIDADE DO GESTOR MUNICIPAL**

Porto Alegre

Maior/2015

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL**

MARCELO TRINDADE DA SILVA

**AS AÇÕES JUDICIAIS DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA
E A RESPONSABILIDADE DO GESTOR MUNICIPAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Especialização em Gestão Pública Municipal - modalidade a distância, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção do título de especialista.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Macedo

**Porto Alegre
2015**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL**

Marcelo Trindade da Silva

**AS AÇÕES JUDICIAIS DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA
E A RESPONSABILIDADE DO GESTOR MUNICIPAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Especialização em Gestão Pública Municipal – modalidade a distância, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção do título de especialista.

Aprovado em ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.

Prof.

À minha esposa, HELEN e aos meus filhos, BRUNO, THIAGO e JOÃO VICTOR,
pela compreensão e pelo carinho e apoio que sempre dispensaram à mim.

À meus pais, IVO e MARLEY, pelo apoio constante, mas principalmente pelos
valores éticos e morais que sempre me transmitiram e que me motivam ao
aprimoramento profissional.

AGRADECIMENTOS

* À UFRGS que disponibilizou este belíssimo curso de especialização, que muito contribuiu para a formação de gestores e servidores públicos.

* Aos professores, coordenadores, tutores e orientadores do curso de Especialização em Gestão Pública Municipal, pelo empenho sempre dispensado.

* À Prefeitura Municipal de Garibaldi, que disponibilizou dados e elementos fáticos que serviram de base para este trabalho.

* Aos colegas do Curso de Pós-Graduação em Gestão Pública Municipal, em especial àqueles que estavam sediados no polo de Picada Café, pela colaboração na minha formação, em especial pela farta troca de informações ocorrida ao longo do curso.

* Meus sinceros agradecimentos a todos que direta ou indiretamente colaboraram na realização deste trabalho.

RESUMO

Trata-se de trabalho voltado a demonstrar o cotidiano do trâmite judicial das ações de nunciação de obra nova, no âmbito municipal, no contexto do município de Garibaldi, onde objetivou-se os dados estatísticos dos últimos cinco anos, para demonstrar que, por vezes, ocorreu omissão por parte dos gestores que administraram o município durante o período. Dada a omissão constatada, foi demonstrado o prejuízo econômico, administrativo e urbanístico para a coletividade, bem como a possível imputação de ato improbo pelos gestores, em especial dado a ausência de uma política voltada ao controle urbanístico, mas em especial por promover a regularização, autorizado por legislação municipal de autoria do gestor atual, de imóveis sem qualquer condição de regularização à luz do Plano Diretor e do Código de Obras.

Palavras-chave:

Nunciação de obra nova; omissão; demolição; regularização; improbidade; responsabilização; responsabilidade; improbidade.

ABSTRACT

It is work back to show the daily life of the judicial process nunciacao actions of new construction, in the municipal scope, in the context of the municipality of Garibaldi, where we sought to statistical data of the last five years, to demonstrate that sometimes occurred omission on the part of managers who administered the city during the period. Given the omission established, demonstrated the economic, administrative and urban injury to the collective, as well as the possible attribution of improbo Act by managers, particularly given the absence of a policy aimed at the urban control, but in particular by promoting the regularisation, authorized by municipal legislation authored by current manager of real estate without any condition of regularization in the light of the master plan and of the code.

Keywords: nunciacao of new construction; omission; demolition; regularization; misconduct.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1- Localização geográfica de Garibaldi	12
Figura 2- Vista Aérea de Garibaldi	13

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Levantamento de Ações Judiciais	26
Tabela 2 - Legislação pesquisada	27

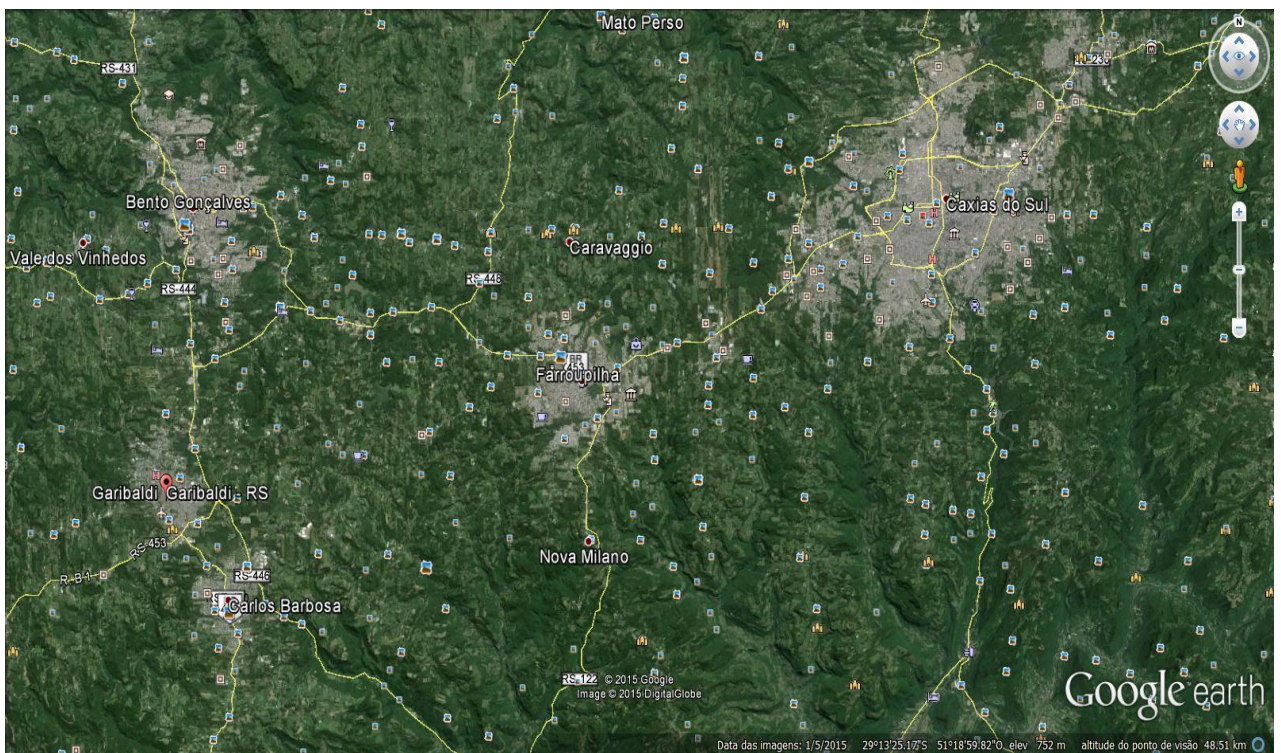
SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	DA NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA	16
2.1	DA DEMOLITÓRIA	19
2.2	DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	20
2.3	DA NEGLIGÊNCIA DO GESTOR PÚBLICO	22
3	DO PROCEDIMENTO METODOLÓGICO	24
4	DA ANÁLISE DO CASO	25
4.1	DOS CASOS EM QUE NÃO HOUE AÇÃO DO GESTOR	28
4.2	DOS OBJETIVOS DA POLÍTICA URBANA	28
4.3	DO CUSTO E DA FORMAÇÃO DA AÇÃO JUDICIAL	29
4.4	DA LEI MUNICIPAL Nº 4.687.....	32
4.5	DO RESULTADO DA AÇÃO OU OMISSÃO PÚBLICA	34
4.6	DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE	35
4.7	DO DOLO E DA CULPA	37
4.8	DA LEI FEDERAL Nº 8.429/92	38
4.9	DO ESTATUTO DA CIDADE	39
5	CONCLUSÕES PRÉVIAS SOBRE O CASO	40
5.1	CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
6	REFERÊNCIAS	47
	ANEXO I	49
	ANEXO II	54

1 INTRODUÇÃO

O município de Garibaldi - RS está localizado na Serra Gaúcha, na região denominada Grande Caxias do Sul, região esta colonizada por imigrantes italianos e alemães, mas predominantemente pelos primeiros, que ocuparam a maior área de terras disponível. A arquitetura da cidade é caracterizada por vias urbanas estreitas e grande número de construções centenárias, situação típica de ocupação do solo sem a observância dos atuais requisitos urbanísticos.

Figura 1 - Localização geográfica de Garibaldi



Fonte: Aplicativo Google Earth.

Adotou-se um padrão arquitetônico e urbanístico desenvolvido pela ocupação desordenada do solo, isso pela ausência de legislação que regresse a ocupação do solo no início do século XX. Tal constatação se deu da análise dos processos de regularização de imóveis e usucapião.

Ao mesmo tempo em que a cidade se desenvolvia e aumentava o número de habitantes, ia ampliando a ocupação da área urbana e rural, como se observa hoje, tudo de forma desordenada e sem planejamento prévio.

Essa ocupação desordenada, sem a devida técnica urbanística, deixou marcas para os moradores atuais. Algumas pitorescas e atrativas do ponto de vista turístico, outras nem tanto, como ruas estreitas, construções que avançam ao passeio público, passeios públicos e áreas verdes de tamanho mínimo, muito aquém da necessidade da população atual.

O que dificulta ainda mais o ordenamento urbano é a cultura do povo local, que, por adotar por longo período uma ocupação sem regras, edifica ou amplia edificações, sem qualquer responsabilidade com o ordenamento urbanístico e com as gerações futuras. Tal situação mostra-se presente em outros municípios de igual porte e com colonização no início do século XX.

Figura 2 – Vista Aérea de Garibaldi



Fonte: Arquivo de imagens da Prefeitura Municipal de Garibaldi

O município, através do Plano Diretor Urbanístico e da legislação vigente, busca preparar a cidade para as novas gerações, padronizando as edificações, projetando vias públicas ordenadas, organizando novas comunidades em loteamentos, afastando novas construções do passeio público (espaço necessário,

caso, no futuro, seja necessário ampliar as vias de tráfego), limitando ampliações, preservando o patrimônio histórico e cultural, tudo com o objetivo de tentar tornar mais habitável o solo urbano e rural.

Uma das ferramentas usadas pelos gestores públicos, através dos servidores responsáveis pela fiscalização de obras e da Procuradoria Municipal, é o embargo a obras novas, que pode culminar em uma ação judicial de Nunciação de Obra Nova. Este último foi o objeto principal deste estudo, que trouxe à tona a realidade de Garibaldi quanto à utilização dessa ferramenta jurídica, sua eficácia, a ação e responsabilidade dos gestores no seu uso, ou omissão quanto ao resultado dele.

A ação de Nunciação de Obra Nova visa paralisar obras novas ou ampliações que não estejam de acordo com o Plano Diretor do município. Com a paralisação da obra, via embargo administrativo, objetiva-se diminuir o impacto negativo dela, possibilitando-se, no transcurso administrativo ou do processo judicial, a regularização do imóvel (quando possível) ou demolição voluntária ou coercitiva do mesmo.

Em não havendo a ação voluntária do munícipe responsável pela obra, via de regra, decide o Poder Judiciário pela demolição do imóvel. É neste momento que, em geral, surge um dos impasses mais comuns ao gestor. De posse da autorização judicial para derrubar um muro, demolir uma casa ou inviabilizar parcialmente um imóvel, em algumas situações o gestor permanece inerte, não a executa.

Tal conduta administrativa foi estudada, para, de forma científica, verificar se tal procedimento é útil ou danoso à coletividade, se onera de forma devida ou indevida o município e se provoca ganhos ou prejuízos (reversíveis ou irreversíveis) de ordem técnica à Administração Pública. Fez-se um estudo detalhado da conduta judicial e administrativa do município, dos anos de 2010 a 2014.

Nesse funil de ações e dados, averiguou-se que nenhuma ação judicial culminou na responsabilização dos gestores municipais, mas que, de acordo com as legislações vigentes, haveria possibilidade para tal, desde que caracterizado o dolo.

Ao serem avaliados os casos deste estudo, verifica-se que a questão social, por vezes, afeta a decisão do gestor, que também se vê pressionado pelas questões políticas e legais.

O gestor municipal, no âmbito da política urbanística, possui mecanismos legais para atuar, em especial quanto à demolição de construções irregulares ou embargos de obras. A questão principal objeto de saneamento é quanto a responsabilidade do gestor. A análise da legislação vigente, de forma interpretativa, apurou se há como imputar ao gestor a responsabilização por não agir.

O questionamento que norteou o trabalho foi: Tendo o gestor autorização judicial para ordenar a demolição de determinado imóvel, sua inércia ou omissão poderia ser entendida, do ponto de vista legal, como em prejuízo ao município, podendo ele ser responsabilizado cível e criminalmente?

Nesse ponto, a responsabilidade do gestor público frente ao problema se mostra como o cerne do questionamento.

Com base no questionamento surgido, o objetivo geral da pesquisa foi verificar se haveria responsabilização do gestor público na ocorrência de eventual omissão, após decisão judicial autorizando a ação pública do município de Garibaldi/RS, entre 2010 e 2014, no âmbito da legislação urbanística.

Apresenta-se dados estatísticos dos processos judiciais de nunciação de obra nova e demolitórias, ocorridos município de Garibaldi, dentro do período pesquisado, referindo aqueles que culminaram com ordem de demolição, bem como se analisa a legislação vigente, com fulcro em saber se há base legal para eventual responsabilização do gestor público, bem como o impacto financeiro municipal em situações em que não houve cumprimento das ações julgadas procedentes.

É realizado um trabalho objetivo de coleta de dados e posterior análise, sendo coletados e analisados os dados fornecidos pela Procuradoria do Município de Garibaldi e os dados do Tribunal de Justiça (disponíveis na internet), para cruzar informações sobre as ações judiciais, analisando-se ainda a situação fática atual de cada imóvel envolvido, com análise *in loco*, caso a caso, para apurar a existência de conduta resolutive. Tais dados são compilados em uma planilha expositiva, que facilita a interpretação e visualização dos casos pelo leitor.

A pesquisa fixa-se nos casos concretos ajuizados, buscando os resultados jurídicos advindos e a situação fática atual. Tais dados resultam na constatação de que a inércia do gestor acarreta prejuízos financeiros e técnicos, passível de

responsabilização cível e criminal, mas que, no caso estudado, não foram auditados pelo TCE ou foram objeto de análise pelo Ministério Público.

Uma planilha expositiva acerca da legislação aplicável à matéria também ilustra o trabalho e facilita a aplicação das leis nos casos semelhantes.

Este trabalho está composto por quatro capítulos. No Capítulo 1, apresenta-se a pesquisa sobre a ação de Nunciação de Obra Nova, a ação Demolitória e a base legal sobre a improbidade administrativa. No Capítulo 2, são apresentados os procedimentos metodológicos utilizados, com a coleta de informações e da base legal que autoriza a ação de Nunciação de Obra Nova, no Capítulo 3 são apresentados os resultados da coleta de dados, com os casos concretos enfrentados pelo município de Garibaldi e a ação do Poder Executivo após a decisão judicial com trânsito em julgado. Ainda, apresenta o resultado prático e legal, referindo custos diretos e indiretos envolvidos, eventuais danos financeiros, técnicos e administrativos constatados, bem como as conclusões advindas da pesquisa.

Por fim, seguem-se as considerações finais e conclusivas do trabalho, em capítulo específico. Destaque para a conclusão de que, com base nos casos analisados e na situação atual dos imóveis envolvidos, as ações adotadas em Garibaldi não visaram, independente da época e do governante, a aplicação da melhor técnica urbanística ou administrativa, causando prejuízo ao erário e à coletividade, o que foi fartamente analisado em seus pormenores. Seguem-se sugestões administrativas e legais para identificação de casos semelhantes em outros “cases”, bem como de possibilidades para sanar os problemas constatados.

2 DA NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

Neste capítulo vamos contextualizar o remédio judicial denominado Ação de Nunciação e Obra Nova, veremos o que a doutrina nos traz e a aplicabilidade deste instrumento no contexto urbanístico do município de Garibaldi.

Nossa principal fonte de pesquisa é a legislação vigente, em especial o próprio Código de Processo Civil, mas várias jurisprudências e doutrinas irão auxiliar-nos nesse contexto.

A ação de Nunciação de Obra Nova está disciplinada no Capítulo VI do Código de Processo Civil, Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, mais especificamente quanto ao contido nos artigos 934 e seguintes do referido diploma legal.

Diz o referido texto legal:

Art. 934. Compete esta ação:

I - ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado;

II - ao condômino, para impedir que o co-proprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum;

*III - **ao Município**, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura.*

Art. 935. Ao prejudicado também é lícito, se o caso for urgente, fazer o embargo extrajudicial, notificando verbalmente, perante duas testemunhas, o proprietário ou, em sua falta, o construtor, para não continuar a obra.

Parágrafo único. Dentro de 3 (três) dias requererá o nunciante a ratificação em juízo, sob pena de cessar o efeito do embargo (BRASIL, 1973 – grifo nosso).

Consoante estabelece o art. 934, III do CPC, o Município possui legitimidade para o ajuizamento da referida ação, bem como possui competência para estatuir normas à aprovação de projetos de novas construções, reformas ou ampliações, o que em Garibaldi encontra guarida na esteira da Lei Municipal nº 3.562/06 (Plano Diretor) e Lei nº 1.352/75 (Código de Obras). Vejamos:

Art. 30 DA LEI MUNICIPAL Nº 1.352/75 - a execução de qualquer edificação será procedida dos seguintes atos administrativos:

1 - Aprovação de projetos;

2 - Licenciamento da construção;

Parágrafo único - Aprovação e licenciamento de que tratam os incisos 1 e 2 poderão ser requeridos de uma só vez, devendo neste caso, os projetos serem completos em todas as exigências constantes das seções I e II.

Nesta linha, havendo prova inconteste de que os munícipes estão edificando em desacordo com a legislação pertinente, a procedência de uma ação de nunciação de obra nova, com a conseqüente demolição da área irregular resta medida imperativa, pela simples inteligência do art. 936, I do CPC e art. 1.312 do CCB. Vejamos:

Art. 936. Na petição inicial, elaborada com observância dos requisitos do art. 282, requererá o nunciante:

I - o embargo para que fique suspensa a obra e se mande afinal reconstituir, modificar ou demolir o que estiver feito em seu detrimento;

II - a cominação de pena para o caso de inobservância do preceito;

III - a condenação em perdas e danos.

Parágrafo único. Tratando-se de demolição, colheita, corte de madeiras, extração de minérios e obras semelhantes, pode incluir-se o pedido de apreensão e depósito dos materiais e produtos já retirados.

Importante ainda destacar que há uma decorrência determinada pela legislação em face das ações de nunciação de obra nova, a eventual demolição de edificações.

O art. 1.312 do CPC assim determina:

ART. 1.312. Todo aquele que violar as proibições estabelecidas nesta seção é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos .

Dito isso temos que por força das ações judiciais de nunciação de obra nova resultam ações administrativas, que via de regra necessitam de decisão administrativa do gestor, no caso dos municípios o Prefeito, que deve, por força da decisão judicial, tomar as medidas pertinentes em benefício da coletividade.

Mister salientar que a medida judicial intentada justifica-se também, pelo simples fato de a Administração Municipal, no exercício regular de seu poder de polícia, ter o “*MUNUS*” de condicionar e restringir o uso e o gozo de bens e atividades individuais em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Essa “obrigação” que o gestor público possui, de zelar pelo coletivo, torna-se presente no momento posterior a decisão judicial. Mas e se nesse momento o coletivo pesar menos que o individual? E se nesse momento o gestor optar por não demolir o imóvel irregular, permitir que ele continue erigido, em prejuízo da coletividade, preservando sua imagem para com os eleitores(os moradores do imóvel, já que a coletividade não é informada das ações judiciais, embora seu conteúdo seja público)?

Poderia ser o gestor público responsabilizado pessoalmente por seu ato?

Esse é o questionamento que norteia este trabalho e que, salvo melhor juízo, não encontra outro trabalho semelhante para que haja um cotejo entre atos jurídicos e fatos administrativos pesquisados em Garibaldi e a realidade dos demais municípios.

A ambientação da pesquisa deu-se em município que por suas características peculiares, como já trazido, possui originariamente vias não planejadas e edificações que surgiram com o tempo, muitas de forma irregular, mesmo após a regulamentação legislativa municipal.

A pesquisa deu-se pelo quantitativo de ações judiciais de nunciação de obra nova e semelhantes, nos últimos cinco anos, com posterior análise qualitativa e individualizada sobre as condutas administrativas adotadas pelos gestores públicos que atuaram no período e as decorrências delas emanadas, principalmente versando sobre a responsabilização dos gestores quanto ao resultado prático obtido.

Na análise da responsabilização do gestor e o trâmite das ações judiciais, fez-se necessário avaliar além das ações de nunciação, aquelas que por sua natureza legal, se assemelham urbanisticamente no resultado prático pretendido. Um desses exemplos nos foi trazido com a análise da ação demolitória.

2.1 DA DEMOLITÓRIA

Modalidade compatível com os procedimentos judiciais adotados na ação de nunciação de obra nova é a ação demolitória, que objetiva idêntico fim, mas que se diferencia da outra pelos procedimentos jurídicos e pela possibilidade de na primeira haver o embargo judicial da obra, quando na segunda o objetivo é unicamente a demolição.

Fato é que os fins almejados se confundem. Há inclusive procedimentos jurídicos semelhantes, no entanto sendo a primeira mais abrangente e com conotação técnica mais apurada.

O art. 888 do Código de Processo Civil Brasileiro determina a possibilidade de demolição, entre outras medidas. Vejamos o que diz o referido artigo e aquele que a ele se refere:

Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

I - obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida;

II - a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos;

III - a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento;

IV - o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais;

V - o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral;

VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;

~~*VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita;*~~

VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós

VIII - a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público(BRASIL, 1973, grifo nosso).

As disposições trazidas demonstram que o Magistrado, acolhendo interesse público tutelado, poderá promover a ordem judicial capaz de demolir o imóvel, mesmo sem audiência do requerido, conforme procedimento listado no art. 889 do mesmo diploma legal.

2.2 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Fábio Medina Osório, em uma de suas obras, refere que “são louváveis e necessários os avanços constatados na controlabilidade jurisdicional dos atos

administrativos e ampliação da responsabilidade dos gestores públicos, no sistema jurídico brasileiro...” (OSÓRIO, 2010, p.23).

Tais avanços, mencionados pelo referido autor, dizem respeito a legislação vigente, que responsabiliza os gestores públicos por atos ou omissões havidos no decorrer da gestão pública.

O Código Internacional de Conduta para os titulares de cargos públicos, que foi trazido até nós pela Organização das Nações Unidas, através da Resolução 51/59, de 1996, define que o cargo público implica confiança do cidadão, cujo detentor *tem a obrigação de atuar a favor do interesse público*.

Ainda de acordo com o referido código internacional, serão os titulares de cargos públicos *diligentes, justos e imparciais* no desempenho de suas funções.

Conforme Fábio Medina Osório”(OSÓRIO, 2010, p. 64):

a relação de confiança entre o cidadão e o titular do cargo público põe de manifesto que as obrigações são de alto padrão. Trata-se de um mandatário que deve atuar na defesa do verdadeiro titular dos interesses que lhe foram confiados. Tais interesses não se restringem à exigência de honestidade, mas alcançam, sem dúvida, a eficiência. E o titular desses interesses é a sociedade e, em última instância, o cidadão.

As medidas de repressão à má conduta e má gestão pública permitem o escalonamento equilibrado do ato ilícito, primando pela proporcionalidade do ato ou omissão. A tendência é o agrupamento das, como diz Osório, *patologias* da desonestidade e da ineficiência debaixo do rótulo de uma má gestão pública.

Para o perfeito entendimento do que significa a improbidade praticada pelo gestor público, passamos pela análise do que significa a etimologia da palavra.

Etimologicamente, conforme ensina Marcelo Figueiredo(FIGUEIREDO, 2000, p.23), improbidade é:

Do Latim *improbitate*. Desonestidade. No âmbito do Direito o termo vem associado à conduta do administrador amplamente considerado. (...) genericamente, comete maus-tratos à probidade o agente público ou particular que infringe a moralidade administrativa. (...) a probidade é espécie do gênero *‘moralidade administrativa’* à que alude, v.g., o art. 37,

caput e § 4º, da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à Administração em todas as suas manifestações.

Como nos traz a etimologia, ato improbo é aquele que decorre do agir imoral do gestor público, em ação contrária aos interesses da coletividade.

Assim, a rigor, seja pelo significado jurídico-administrativo do ato improbo, seja pela leitura constitucional que se faça, a luz do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, indiscutível que na gestão pública atual é indispensável ao gestor uma ação diligente, sobretudo diante do que nos traz o art. 143 da Lei Federal nº 8.112/90.

Diz o art. 143 referido:

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

O art. 37 da Constituição Federal, em seu parágrafo 4º, assim determina:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Em que pese tudo o aqui exposto, resta configurado que o gestor público está adstrito a uma conduta ilibada, sempre primando pela honestidade e zelo pela coisa pública, agindo no estrito cumprimento de suas obrigações legais, em prol da coletividade e primando pela eficiência.

2.3 DA NEGLIGÊNCIA DO GESTOR PÚBLICO

Segundo o dicionário eletrônico Direitonet (DIREITONET, <http://www.direitonet.com.br>), a negligência decorre da omissão, quando o sujeito causador do dano deixa de observar o dever de cuidado. É um comportamento passivo, ao contrário do que ocorre na imprudência, onde há um fazer sem cautela,

insensato. Caracteriza a negligência, por exemplo, quando o motorista trafega com os pneus do veículo em situação precária.

A fundamentação jurídica está baseada nos artigos 186, 617, 951, 1445 § único e 1508 do Código Civil Brasileiro, além do artigo 18, II do Código Penal.

Num cotejo com os princípios norteadores da administração pública, em especial com relação ao Princípio da Eficiência, que conforme trabalho apresentado por Gustavo Vettorato (VETTORATO, 2003) refere que o citado princípio:

é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

Numa interpretação objetiva das definições, temos que o Princípio da Eficiência é o agir que administrativamente busca a melhor qualidade no serviço, focando num objetivo específico. Quando a negligência decorre do agente deixar de executar determinada conduta, omitindo-se quando ela se mostrava necessária, um dever de cuidado é ferido.

Assim, a negligência confunde-se com a omissão do gestor público, apontada neste trabalho como sendo ponto de extrema importância na análise da responsabilidade do gestor.

Do exposto, temos que onde trazemos a omissão, estamos em verdade, do ponto de vista técnico, referindo a ocorrência de negligência.

Contextualizar a importância dessa caracterização, na omissão do gestor, é fator diretamente relacionado à análise de sua conduta e o resultado por ela produzido.

A análise do resultado e consequente identificação da necessária ação do gestor público, caracterizando-se a negligência face a omissão, torna o gestor passível de responsabilidade, nos termos da fundamentação já relacionada.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método escolhido para coleta das informações indispensáveis à análise do problema foi a coleta documental e o estudo histórico.

No primeiro caso, da coleta documental, foi efetuada a busca por documentos junto a administração municipal objeto do trabalho, que comprovassem as ações administrativas e judiciais do ente público. No segundo caso, do estudo histórico, foi efetuada uma pesquisa sobre o andamento das ações judiciais decorrentes dos casos administrativos pesquisados, em cotejo com posterior ação ou omissão administrativa.

Com base em tais elementos afastou-se a possibilidade de análise subjetiva, já que em face da matéria ser técnica e eminentemente jurídica, estudada caso a caso, inviabilizou-se qualquer conclusão que não seja condizente com a simples transcrição dos elementos pesquisados. Cada caso teve comprovada sua efetividade e resultado.

Também foi utilizada a pesquisa bibliográfica, através dos materiais disponíveis sobre a temática, mas focada no cunho de identificar o instrumento jurídico e de norteá-lo no contexto da ação administrativa. Mas a jurisprudência foi o elemento chave na contextualização da realidade atual.

A investigação das fontes documentais, que foram substrato para as análises pontuais, considerou como dados as ações ajuizadas pelo município de Garibaldi, dados estatísticos, decisões administrativas, dentre outros elementos formadores dos casos.

Foi ainda elaborada uma planilha de ações, contendo a mecânica do ato administrativo, descrevendo os instrumentos utilizados pelo município de Garibaldi no controle urbanístico via ação judicial, levantando-se qual o dispêndio em serviços e numerários foi envolvido e o aproveitamento futuro dessas ações.

Tal trabalho poderá ser utilizado por qualquer outro município, para análise de casos pontuais, visando identificar a conduta administrativa adotada e a possibilidade de responsabilização do gestor público quanto a ação ou omissão por ele promovida.

4 DA ANÁLISE DOS CASOS

Neste capítulo serão visualizados os quantitativos de ações de nunciação de obra nova ajuizados pelo município de Garibaldi, sua individualização, por decisão judicial, e as análises sobre os efeitos da ação ou omissão do gestor público após intimado da ordem de demolição total ou parcial.

Em análise dos casos concretos envolvendo o município de Garibaldi, foram constatadas 38(trinta e oito) ações de nunciação de obra nova ajuizadas ou em trâmite entre 2010 e 2014, considerando-se aquelas que de forma indireta assemelham-se no resultado com a de nunciação de obra nova, leia-se ações demolitórias.

Em sua quase totalidade as ações judiciais versaram sobre descumprimento do Plano Diretor ou sobre edificação sem autorização municipal. Tais modalidades, por causarem grande prejuízo à coletividade, são classificadas como de alta relevância, vez que sua disseminação junto a coletividade poderia acarretar além dos prejuízos urbanísticos(calçadas menores, ocupação de todo o solo, vias públicas com dimensões reduzidas, edificação em áreas de risco, edificação em áreas públicas ou de terceiros, etc...), prejuízos de ordem financeira, pois se a administração municipal não coibir tais construções irregulares, os espaços públicos ficarão reduzidos, ocasionando necessidade de desapropriação futura em eventual necessidade de uso coletivo da área(seja para abertura ou ampliação de ruas, criação ou ampliação de prédio a ser utilizado para imóveis institucionais, etc...).

Para uma melhor análise dos casos, foi construída uma planilha, contendo os elementos essenciais à análise pretendida. Tal visa identificar a individualização dos casos, sua incidência no tempo e o resultado obtido, além de mensurar aquelas ações onde o gestor, embora detentor de autorização judicial para agir, não promoveu qualquer ação, ficando inerte, permitindo a irregularidade urbanística ou a ilegalidade da edificação.

Tabela 1 - Levantamento de Ações Judiciais

Ano	Núnciação, Obrigação de Fazer ou Demolitória	Transitadas em julgado	Com ordem judicial de regularização do imóvel	Imóveis demolidos ou regularizados no período	Imóveis sem regularização administrativa
2010	23	11	11	03	20
2011	07	02	02	01	06
2012	02	00	00	00	02
2013	04	00	00	01	03
2014	04	00	00	01	03
TOTAL:	38	13	13	06	34

Fonte: Procuradoria Geral do Município de Garibaldi

Nesse contexto, importante frisar que o caso analisado pode ser objeto de análise em outros municípios. Para tal, segue um quadro sintético que demonstra, com base em tudo aqui pesquisado, a legislação aplicável e a ação esperada do gestor público.

São relacionadas três colunas principais, com ênfase a legislação base, com o objetivo pretendido com a aplicação da lei referida e o artigo principal, bem como coluna que relaciona a responsabilidade do gestor público, esta dividida em duas etapas, a pré trânsito em julgado da ação judicial (término da ação) e a etapa pós trânsito em julgado.

Tal análise visa identificar a responsabilidade dos gestores públicos nas fases da ação de núnciação de obra nova, mas também nortear a base legal aplicável ao gestor de modo mais amplo, genérico.

A legislação relacionada auxilia na compreensão de que a conduta norteadada na legalidade e na boa fé, afastam a responsabilidade dos administradores públicos quanto a qualquer fato/ato à eles imputados.

Vejamos as legislações aplicáveis à matéria, sua base legal, bem como a análise quanto a responsabilidade do gestor antes e após o trânsito em julgado da ação judicial proposta pela municipalidade, com detalhamento da a ação tida por ideal pelo gestor:

Tabela 2 – Legislação Pesquisada

Legislação	Objetivo/Artigo	Responsabilidade do Gestor	
		Pré Trânsito em julgado	Pós Trânsito em julgado
Constituição Federal	Art. 37	Proibidade	Proibidade
Constituição Federal	Art. 182	Função Social da cidade e garantia de bem-estar do cidadão	Função Social da cidade e garantia de bem-estar do cidadão
Lei nº 5.869/73 – CPC	Art. 934,III	Impedir que particular edifique contrário à lei.	X
Lei nº 5.869/73 – CPC	Art. 935	Embargo extrajudicial	X
Lei nº 8.112/90	Art. 143	X	Apuração de irregularidades
Lei nº 8.429/92	Sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito	Aplicação	Aplicação
Lei nº 10.257/2001 - Estatuto da Cidade	Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal	Aplicação - diretrizes gerais da política urbana	Aplicação - diretrizes gerais da política urbana
Resolução nº 51/59 de 12.12.96 - ONU	Definição de Cargo Público	Aplicação dos conceitos	Princípio da Eficiência
Lei Municipal nº 3.562/06 – Plano Diretor	Diretrizes Urbanísticas	Aplicação	Adequações da edificação irregular
Lei Municipal nº 1.352/75 – Código de Obras	Regramento	Aplicação	Demolição da obra irregular (mesmo parcial)
Lei Municipal nº 4.687/2014	Regularização de imóveis	Lei Municipal – item 3.4	Lei Municipal – item 3.4

Fonte: Legislação nacional vigente.

4.1 DOS CASOS EM QUE NÃO HOUE AÇÃO DO GESTOR

Nesse contexto de 40(quarenta) ações judiciais ocorridas ou tramitando no período pesquisado, somadas 34(trinta e quatro) mostram-se sem qualquer ação administrativa posterior ao trâmite judicial.

E nesse ponto analisa-se a inércia do gestor público, posterior a decisão liminar ou a decisão definitiva.

Dessas 34(trinta e quatro) ações com omissões dos gestores públicos, a pesquisa mostra que 33(trinta e três) resultaram em imóvel edificado em desacordo com a legislação vigente, obras estas que permanecem irregulares e inexistentes sob o ponto de vista legal, não possuem documentos, não estão habilitadas a recursos habitacionais, por vezes não possuem endereço registrado e algumas sequer pagam impostos.

Desse apanhado de números, que tenta espelhar a realidade urbanística de Garibaldi, destaque para o expressivo número de imóveis onde registrou-se a omissão pública, visto que do contexto das 40 ações ajuizadas somente 06 tiveram qualquer tipo de regularização ou foram demolidas. As demais 34 edificações ainda buscam regularização, que pode até mesmo ser possível através de ação administrativa do próprio município, através de legislação municipal que visa a regularização de imóveis irregulares. Sobre tal ponto, da regularização de tais imóveis frente a nova legislação, vamos tratar em tópico próprio.

4.2 DOS OBJETIVOS DA POLÍTICA URBANA

Quais são os objetivos da política urbana? Por óbvio que qualquer política urbana objetiva o melhor uso para o solo, com relevância para a questão urbanística, prevalecendo a questão social e de acessibilidade.

Ao fazermos uma breve leitura da doutrina mais atual, chegaremos ao consenso que a política urbana objetiva o bem viver da coletividade, produzindo o crescimento controlado dos meios urbanos, objetivando a máxima utilização do solo, com respeito ao meio ambiente, a acessibilidade, a boa vizinhança e ao uso dos instrumentos públicos disponíveis ou futuros.

Em outras palavras, a política urbana norteia nosso agir quanto a questão social, seja no uso de nossos terrenos, de nossas edificações, de nossas vias e passeios públicos, das áreas verdes e institucionais, sempre permeando suas regras quanto a legalidade e adaptação ao cotidiano e suas mudanças sociais.

Diz o art. 182 da Constituição Federal:

Art. 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.

Dito isso, temos que o objetivo da política urbana é também, se não o principal, o de nortear as condutas, pautadas no ordenamento jurídico aprovado pelas esferas administrativas correspondentes.

O próprio art. 182 da Constituição nos traz, em seus parágrafos, instrumentos legais para tal controle, determinando entre eles o Plano Diretor, a desapropriação, a função social da propriedade, o parcelamento do solo e a incidência de impostos.

4.3 DO CUSTO E DA FORMAÇÃO DA AÇÃO JUDICIAL

Não é tarefa simples calcular o quanto custa para a máquina administrativa municipal promover a fiscalização e a adequação urbanística, nem é esse o objetivo deste trabalho, no entanto, imprescindível analisarmos os custos indiretos da ação administrativa municipal para mensurarmos quais, do ponto de vista financeiro e administrativo, são os custos da omissão do gestor pós trânsito em julgado da ação de nunciação de obra nova.

Inicialmente mostra-se evidente que o custo financeiro está ligado aos custeio dos servidores municipais envolvidos com o caso, em especial quanto ao fiscal, que desempenha externamente suas atribuições, na análise diária das obras privadas, cobrando sua regularidade perante a legislação vigente.

Depois, quando da constatação da infração, inicia-se o período em que os custos se somam, financeiro e administrativo, vez que constatada a irregularidade na

obra fiscalizada, ações diversas se seguem, objetivando proporcionar ao munícipe autuado a oportunidade de regularização do imóvel, com o cuidado de instrumentalizar o ato com o máximo de documentação possível, inclusive levantamentos fotográficos, possibilitando posterior ação judicial, se necessário.

Nesse período, caracterizado pela multidisciplinariedade, atuam fiscais, secretários municipais, assessores jurídicos e futuramente, se houver necessidade de ajuizamento da ação judicial, procuradores públicos.

Por óbvio que ao mensurarmos o custo desse período, não só o tempo dos servidores deve ser considerado, mas também os custos financeiros indiretos, vez que levantamentos topográficos, fotográficos, de engenharia e jurídicos são realizados, com custo exclusivo do ente público.

Esse tempo, despendido no processo pré-ajuizamento da ação, é de difícil mensuração, pois muitas são as circunstâncias, as ações e profissionais envolvidos. Visitas ao local são realizadas, instrumentos e equipamentos públicos são utilizados, há envolvimento de outros servidores alheios aos atos administrativos diretos, como motoristas, fotógrafos, topógrafos, engenheiros, arquivistas e arquitetos.

Não havendo resultado prático na autuação realizada pelo fiscal (referente ao embargo da obra), necessário se faz o encaminhamento dos documentos referentes ao ato à Procuradoria Geral do Município (ou outro órgão municipal que responda judicialmente pelo município) para análise e posterior ajuizamento da ação, conforme a urgência que o caso mereça.

É a fase onde se vislumbram os atos complementares de instrumentalização. Nessa fase os procuradores municipais buscam subsídios legais e materiais para demonstrar os erros e a necessidade de demolição parcial ou total do imóvel objeto da fiscalização. Tal ação envolve a totalidade dos servidores presentes na primeira fase, vez que os detalhes são minuciosamente revistos e repassados, em diversas reuniões, aos procuradores.

Após a coleta das informações e montagem da ação, tal é ajuizada, buscando-se via Poder Judiciário a ordem de antecipação da tutela, impossibilitando ao munícipe infrator a continuidade da obra, sob pena pecuniária. Vemos que nesta fase novo custo apresenta-se, aquele ligado ao envolvimento do Poder Judiciário, onde vai tramitar a ação até seu deslinde final.

Vários atos se sucedem, audiências, vistorias, recursos e perícias. Esta última representa parte mais aparente do custo financeiro. Por ser o ente público o promotor da ação judicial, é dele o custo por pagar um profissional nomeado pelo Juiz para sanar dúvidas do processo e fornecer as informações requeridas pelas partes e pelo Magistrado. Esse custo individualizado não se mostra tão significativo, embora alto, mas no contexto do somatório das ações ajuizadas, representa valor expressivo. A título de informação, em abril/2015 tal valor beirava a média de R\$ 3.500,00(três mil e quinhentos reais).

Assim, conclusivamente, ao final do processo, com o trânsito em julgado da lide, constata-se que vários foram os custos envolvidos, alguns mostraram-se expressivos, o tempo e valor pago aos servidores públicos dos Poderes Executivo e Judiciário, os custos financeiros no trâmite processual(os indiretos) e o custeio da perícia judicial.

Estimativa da Procuradoria Municipal de Garibaldi, realizada em jan/2014, referia que, somados todos os custos envolvidos, o custo em médio aos municípios, seria de aproximadamente R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por ação judicial ajuizada.

Multiplicando-se o valor unitário pelo total de ações judiciais de Nunciação de Obra Nova(e assemelhadas) para o período pesquisado, teremos que o custo aproximado do município de Garibaldi com o custeio da ação judicial dentro da política urbana foi de R\$ 800.000,00(oitocentos mil reais).

Assim, para calcularmos quanto um município efetivamente gasta com uma ação judicial de natureza urbanística, primeiramente, se faz necessário apurar o quadro de agentes, o tempo dispendido por cada um no processo e quanto custa a hora trabalhada deles. Desse todo, faz-se o cálculo do custo operacional técnico. Somado a isso, vem os custos indiretos, que no caso do município de Garibaldi veio relacionado em dois campos, o do imobilizado e o dos custos processuais. No primeiro relacionam-se os bens imobilizados para a realização dos processos administrativo e judicial, aplicando-se o índice informado pelo Setor de Patrimônio, representado pelo coeficiente de depreciação de cada um; o segundo diz respeito aos gastos que o município teve no transcurso do processo, gastos esses relacionados dentro dos autos processuais(custas processuais, despesas de

condução, perícias, etc...). O somatório desses gastos compõe o custo do processo de nunciação de obra nova.

4.4 DA LEI MUNICIPAL Nº 4.687, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2014

Além da omissão presente em algumas das administrações que governaram o município analisado, constatou-se que está havendo a busca pela legalização das edificações irregulares, legalização ou regularização esta que despreza as melhores técnicas urbanísticas, o que a longo prazo poderá trazer prejuízos irreversíveis ao município.

Mesmo dispondo de legislação própria de controle urbanístico, como o Plano Diretor e o Código de Obras, instrumentos que regulam a edificação no âmbito municipal, o município de Garibaldi editou lei que regulariza edificações que não atendam a tais leis, mas que estejam “*consolidadas*”, ou seja, erguidas sem que tenha havido a ação pública contra a edificação.

Diz a referida legislação, que dispõe sobre a regularização de edificações da sede urbana do município de Garibaldi, que poderão ser regularizáveis determinadas edificações, construídas (leia-se concluídas) até 18 de novembro de 2008 e que satisfaçam os requisitos do artigo 3º do referido diploma legal, possibilitando-se assim a regularização de construções executadas em desacordo com o Código de Obras do município, e com a lei que instituiu o zoneamento do uso do solo(Plano Diretor).

Vejamos os principais pontos da referida lei:

[...]Art. 3º São regularizáveis as seguintes edificações, desde que tenham sido concluídas até a data de 18 de novembro de 2008 e estejam situadas em logradouros públicos oficializados pelo Município:

I - os prédios destinados a residências unifamiliares, bem como os aumentos e reformas neles executados;

II - os prédios de habitação coletiva, bem como os aumentos e reformas neles executados;

III - os prédios destinados a atividades não residenciais, bem como os aumentos e reformas.

IV - os condomínios horizontais, bem como os aumentos e reformas neles executados. (Redação acrescida pela Lei nº 4713/2015)

Parágrafo Único - Excluem-se do disposto neste artigo os prédios, bem como aumentos e reformas nele executados:

I - quando localizados em áreas sobre coletores pluviais e cloacais;

II - quando localizados em áreas de risco ou de preservação permanente.

Art. 4º A regularização será concedida nas hipóteses previstas no artigo 2º desta Lei, observadas as seguintes condições:

I - a projeção da construção máxima permitida, sobre o terreno, será de 95% (noventa e cinco por cento) da área do lote;

II - o índice de aproveitamento, relação entre a área edificável e a área do terreno, deverá ser de no máximo 7 (sete);

III - o número de pavimentos máximo será de 7 (sete), contado do primeiro piso do primeiro pavimento, incluindo o subsolo, ao último forro do último pavimento, não podendo ser superior a 21 (vinte e um) metros de altura;

IV - fica isenta de possuir os recuos obrigatórios, tal como os de frente, fundo e laterais, sendo aprovada a construção com aberturas existentes a menos de 1,5m (um metro e meio) desde que não reclamadas pelos vizinhos no prazo de um ano e um dia ou através de declaração deste vizinho de que está de acordo com os recuos implantados, reconhecida sua assinatura em cartório;

V - as obras estão dispensadas da construção de sanitários e de vagas de garagens para salas comerciais;

VI - as esquinas dos prédios construídos no alinhamento predial ficam dispensadas do chanfreamento;

VII - os prédios a serem regularizados ficam isentos de possuírem marquises;

VIII - todas as obras a serem regularizadas nos moldes desta Lei deverão encaminhar os projetos arquitetônicos completos da área regularizável, mais projeto hidrossanitário com plantas baixa e fossa séptica e filtros anaeróbios detalhados, conforme aprovação normal exigida pela legislação em vigor, pagando as taxas de aprovação regulamentadas.

IX - as edificações que possuem menos de 2 metros de passeio frontal, conforme art. 3o.

Parágrafo Único - Deverá ser encaminhado juntamente com os projetos no mínimo 5 (cinco) fotografias em ângulos distintos, com datas, que comprovem o estágio atual da obra bem como declaração do proprietário do imóvel atestando o andamento atual da mesma, com assinatura

reconhecida em cartório, ficando sujeito às penalidades cíveis e criminais em caso de declaração inverídica.

[...]

4.5 DO RESULTADO DA AÇÃO OU OMISSÃO PÚBLICA

A análise dos casos em que o gestor se mantém inerte, sem promover qualquer espécie de ação capaz de promover a regularização urbanística necessária, mostra também outra realidade, a do desprestígio das ações judiciais no âmbito municipal, perante a comunidade. Diversas defesas administrativas e/ou judiciais, apresentadas por munícipes junto aos dados pesquisados, utilizam como parte de sua argumentação o conhecimento de casos de outras obras edificadas em desacordo com a legislação e sem que havido um resultado prático contrário, o construtor terminou a obra, ocupou o imóvel e reside lá sem qualquer oposição prática do fiscalizador.

Constatou-se, em entrevista com os fiscais de obras do Município, que eles próprios enfrentam essa realidade-problema. Vários munícipes fiscalizados, conforme relato dos fiscais, mencionam o fato e questionam sobre o porquê de ele, munícipe, estar sofrendo a advertência ou embargo, se o vizinho promoveu edificação mais agressiva e nada houve contra ele?

Portanto, constatou-se que há um pré-conceito da comunidade de que, no âmbito do município de Garibaldi, as obras não necessitam de uma aprovação prévia do ente municipal responsável. Sequer os profissionais da área, engenheiros e arquitetos, mostram tal preocupação e, por vezes, sequer estão cientes da legislação vigente.

Portanto, o primeiro sinal da omissão pública é o descaso. Descaso com a lei e com a fiscalização, descaso com a questão urbanística e com o vizinho, pois não respeitar quesitos urbanísticos, representa desrespeitar ao próximo, ao vizinho e a coletividade de um modo geral.

O segundo sinal da omissão é a destinação de verbas públicas à um processo administrativo que não visa um resultado prático, em flagrante prejuízo do Princípio da Eficiência, onde toda ação administrativa deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei.

O direcionamento da verba pública para ações que não visem um resultado prático efetivo, além de demonstrar uma falta de planejamento e de eficiência, retira a verba de programas onde sua utilização se daria de forma mais eficiente e que atingiria objetivos práticos em benefício da coletividade.

O terceiro e último sinal visível da omissão pública é o descontrole urbanístico, talvez o sinal mais visível aos munícipes e visitantes de Garibaldi. Casas construídas com calçadas pequenas, ou até mesmo inexistentes, invasões de áreas públicas, ocupação indevida do solo, edificações que diminuem a largura das vias públicas, condomínios irregulares, etc.

4.6 DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE

Um dos instrumentos de pesquisa mais eficientes sobre a visão jurídica atual dos Tribunais é a análise da jurisprudência dominante e mais recente.

Tal instrumento possibilita aos municípios que avaliem a conduta dos demais gestores públicos, aos olhos da atual interpretação do Poder Judiciário, norteando assim sua própria conduta.

O Tribunal de Justiça do RS, em seu sítio eletrônico, disponibiliza uma visão atualizada e transparente das últimas decisões tomadas pelo Tribunal acerca da conduta dos agentes públicos e a caracterização de ato ímprobo.

Vejamos algumas dessas decisões a com base nelas vamos pontuar aspectos significativos na análise jurídica efetuada.

O primeiro ponto a ser analisado é o do elemento subjetivo na conduta do agente público. De acordo com alguns desembargadores, há necessidade de que a conduta adotada pelo gestor tenha um componente guiado pela má-fé. De acordo com tal interpretação, para que haja a caracterização do ato ímprobo, é indispensável a demonstração do elemento subjetivo, verificando se houve dolo ou culpa na conduta do agente. Na mesma linha, a interpretação destaca que o ato que caracteriza a improbidade administrativa não é decorrente de mera ilegalidade. Referem os Desembargadores que adotam tal entendimento: “*A ilegalidade, por si só, não colore a figura da improbidade, muito mais grave e, por óbvio, passível de*

sanções mais severas. A violação ao princípio da legalidade convola-se em improbidade administrativa se o agente público revelar má-fé”.

Na mesma esteira interpretativa(art. 9º da Lei 8.429/92), outras decisões referem que:

Para a caracterização do ato ímprobo, é matéria uníssona na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a necessidade de demonstração do elemento subjetivo, sendo indispensável a verificação da ocorrência de dolo na conduta do agente na hipótese de ato de improbidade que importa enriquecimento ilícito .

Novamente, embora para caso diverso de tipificação da improbidade, presente a interpretação jurídica de que indispensável a verificação e comprovação do dolo no agir do agente público que enriquece ilicitamente. Assim, verifica-se que a simples constatação de ilegalidade não é suficiente para imputar ao gestor as penalidades condizentes com o ato de improbidade administrativa.

Seguindo a análise interpretativa quanto a caracterização do ato passível de interpretar-se como de improbidade administrativa, outras decisões(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014), mesmo quando tratando de contratações irregulares, definem que:

[...] não se confunde a improbidade com a mera ilegalidade. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) exige, para a configuração do ato ímprobo, prova do elemento subjetivo na conduta praticada pelo agente público.

Até mesmo o ato caracterizado como eventual equívoco praticado pelo gestor, mesmo que resultando em dano ao poder público, não leva, na interpretação do Desembargador Carlos Roberto Lofeto Caníbal, junto aos autos da Apelação em Reexame Necessário Nº 70062238514, da Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, à sua condenação pela prática de ato ímprobo, que conforme refere, não se pode confundir inabilidade com improbidade.

Depois de uma simples análise do Anexo II, referente a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, demonstrado está que aos olhos do

Poder Judiciário deste Estado, para caracterizar-se a improbidade administrativa do gestor público, necessário se faz a perfeita caracterização da presença do agir doloso do gestor.

Note-se que nos exemplos listados não há nenhum exemplo que remeta a situação de omissão do gestor ou casos de ações envolvendo processos envolvendo questões urbanísticas, muito embora o último exemplo envolva área verde, questão mais jurídica do que propriamente urbanística.

Ocorre que são raros os casos urbanísticos de improbidade administrativa que chegam ao Poder Judiciário, por absoluta ausência das características intrínsecas da improbidade. A perfeita e legal caracterização do agir doloso é das tarefas mais amargas, vez que, no caso em comento, o próprio ajuizamento de ação de nunciação de obra nova para impedir a edificação irregular já é indício de boa-fé e diligência pautada pela prevenção. Caracterizar dolo pela simples omissão ou retardo no agir, pós decisão final em processo judicial, não se configura em atitude improba.

4.7 DO DOLO E DA CULPA

Em que pese o contexto legal da Lei nº 8.429/92, a improbidade administrativa apresenta-se tanto na modalidade dolosa, como na culposa.

Por óbvio que não há necessidade de trazermos ao trabalho o significado jurídico de tais institutos, até por que não estão inseridos no objeto estudado. Mas faz-se necessário ter em mente que o primeiro decorre da vontade do agente em produzir o efeito pretendido e alcançado, quando o segundo, refere-se a negligência, imperícia ou imprudência do agente, sem a intenção, mas assumindo o risco, na produção do resultado alcançado.

Sob tal prisma e devido a natureza punitiva que acompanha a Lei nº 8.429/92, comum encontrar aproximada similitude entre da referida lei com as normas que regulam o direito penal.

E não está tão afastada essa relação direito penal x improbidade administrativa, dado aos princípios regradores de ambos se confundirem. Certo que

a improbidade está, após constatação e julgamento, sujeita a pena, até mesmo pelo que dispõe o já trazido art. 37 da Constituição Federal.

Por todo o exposto, o dolo e a culpa se associam aos princípios penais na análise da improbidade administrativa.

4.8 DA LEI FEDERAL Nº 8.429/92

Muito embora já mencionada, não poderíamos passar pelo tema improbidade administrativa sem trazer a legislação sobre a matéria, já tão presente no transcurso da leitura até este ponto.

Estamos falando sobre a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

Como traz o quadro sintético inserto no item 3 deste trabalho, tal dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Alguns artigos mostram-se de suma importância, razão pela qual são mencionados junto ao Anexo I.

Referida legislação é verdadeiro marco na responsabilização dos gestores, vez que antes de sua edição não havia responsabilização objetiva acerca da má gestão pública, dos atos ímprobos e da conduta temerária.

Após a Lei nº 8.429/92 os gestores passaram a ter que utilizar-se dos mecanismos administrativos de gestão para evitar penalizações. Os planejamentos administrativos anuais passaram a ter maior transparência e efetividade, dado ao uso de mecanismos que impedem ao gestor gastar mais do que arrecada.

A aplicação do Princípio da Eficiência tornou-se regra almejada. Objetivo que por força do regramento legal tornou-se exemplo de conduta ilibada e de referência à boa gestão pública.

No caso analisado, embora não tenha sido o objetivo da pesquisa, constatou-se que dois prefeitos de Garibaldi, nos últimos 20(vinte) anos, foram processados tendo por base a aplicação da Lei nº 8.429/92. Como a tipificação da conduta danosa ao município não se confunde com o objeto deste trabalho, não será aqui abordada.

Conclusivamente, a Lei nº 8.429/92 tornou-se instrumento que baliza a conduta do gestor, por receio da utilização de seus instrumentos punitivos.

4.9 DO ESTATUTO DA CIDADE

A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Para enfrentar os problemas decorrentes da ocupação desordenada do solo urbano é que foi criado o termo “urbanificação”, que diferentemente da urbanização, é a aplicação dos princípios e das normas jurídicas urbanísticas capazes de exterminar ou diminuir os efeitos da urbanização descontrolada, promovendo melhores ocupações de espaços habitáveis.

Sem a urbanificação os territórios urbanos ficariam a mercê das ações danosas ao próprio meio ambiente, promovendo danos por vezes irreversíveis à coletividade.

A urbanificação só se materializa com a aplicação de uma política urbana definida sob critérios específicos e puramente técnicos.

É nesse contexto que foi editada a lei nº 10.257/01 – Estatuto da Cidade. Promover a Política Urbana.

Voltando ao tema de nosso trabalho, que engloba a responsabilidade do gestor público, temos que tal Estatuto veio a agregar dispositivos de controle e penalização ao gestor.

O art. 52 do referido estatuto determina as situações em que os prefeitos incorrem em crime de improbidade administrativa, com destaque para o inciso VII. Vejamos o que nos traz o texto legal nesse ponto:

Art. 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 no 8.429, de 2 de junho de 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 art. 8º desta Lei;

III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 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 art. 31 desta Lei;

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

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

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

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

De destacar que conforme o Estatuto da Cidade, as disposições antes aplicadas a Município e a prefeito foram, por força do art. 51, estendidas também ao Distrito Federal e ao Governador do Distrito Federal.

Assim, evidencia-se a presença na legislação nacional de instrumento hábil para a correta prática da política urbana, delimitada por aspectos técnicos e procedimentos administrativos capazes de oferecer ao gestor público os meios através dos quais possível a implementação da melhor prática urbanística.

5 CONCLUSÕES PRÉVIAS SOBRE O CASO.

Resta inequívoco, pelo levantamento feito, que o ápice das ações judiciais de caráter urbanístico, em Garibaldi, deu-se até 2010, sendo que posteriormente se mostrou uniforme o ajuizamento de uma ação de ordem urbanística a cada noventa dias, em média.

Igualmente restou cristalino que a experiência de Garibaldi, nos últimos cinco anos, ao servir de exemplo aos demais municípios, se reflete ineficaz, isso quando

se constata que das trinta e oito ações ajuizadas, trinta e quatro não tiveram qualquer ação eficaz por parte da administração pública, mesmo possuindo ordem judicial para demolição dos imóveis. Tais imóveis continuam irregulares, ou foram regularizados pelas leis municipais autorizativas, mas ainda causando transtornos, riscos, prejuízos materiais e/ou ocupação indevida do solo.

Havendo omissão pública quanto a ações posteriores ao trânsito em julgado de ações de nunciação de obra nova ou de demolitórias, por óbvio que prejuízos econômicos e urbanísticos se consolidaram, às custas do Erário e do coletivo. Tal constatação não necessita de maiores elementos.

Mensuração média dos custos administrativos e judiciais com todo o trâmite comprova que a oneração pública é significativa e poderia ser direcionada para outros serviços, se não há, na atual gestão, interesse em promover a regularização urbanística.

Restou contraditório o comportamento do gestor atual, e de toda a política urbanística atualmente aplicável, ao aplicar as disposições legais atinentes a boa prática urbanística, na figura do Plano Diretor e do Código de Obras, ambas leis municipais; quando de outro lado, em face do advento da lei municipal nº 4.687/2014, regulariza imóveis tidos por irregulares. Assim, de um lado impede-se a edificação ilegal, de outro se regulariza outro imóvel em iguais ou semelhantes circunstâncias.

Como a iniciativa legislativa foi do Poder Executivo, muito embora a aprovação pela Câmara Municipal, a intensão legislativa esteve a cargo do gestor público, na pessoa do Prefeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos os fatos trazidos a este trabalho, em especial quanto ao ponto nevrálgico do tema base, a responsabilização do gestor público nas ações de nunciação de obra nova transitadas em julgado, considero que chegamos a algumas conclusões que merecem interpretações específicas. Vejamos.

Inicialmente, com o levantamento de dados do “case” MUNICÍPIO DE GARIBALDI, obteve-se um quantitativo sobre a realidade jurídica das ações de nunciação de obra nova e correlatas, envolvendo a política urbana do município.

Tal número clareou a noção de que há constante ajuizamento de tais ações, concluindo-se que as administrações que gerenciaram o município nos últimos cinco anos não se mostraram omissas quanto ao ajuizamento das demandas, muito embora não existam dados sobre outros casos não ajuizados, impossibilitando ao pesquisador a busca do contraponto estatístico que poderia clarear tal entendimento.

Muito embora essa lacuna, restou evidenciado que o trâmite judicial se deu de forma efetiva e em trabalho multidisciplinar, envolvendo várias áreas da administração pública, tudo por ordem do gestor, que autorizou, mediante procuração, a ação do Procurador Público.

No decorrer do trâmite judicial, ações administrativas foram concretizadas e houve efetivo embargo administrativo, ou até mesmo judicial, mediante decisão liminar, dos imóveis edificados em contrariedade com a norma legal.

Após o trâmite judicial, com o trânsito em julgado das ações, houve a autorização judicial para que o Município promovesse a demolição dos imóveis, expurgando do ambiente coletivo a aberração urbanística objeto da insurgência judicial.

É nesse momento exato que surgiu o ponto nevrálgico de nosso estudo, momento em que o gestor público, insurgente quanto ao imóvel irregular, recebeu a autorização do Poder Judiciário para promover a demolição da obra, e não o fez, não promoveu a adequação urbanística necessária, não tomou para si a responsabilidade, não se colocou contra o munícipe infrator e em favor da coletividade. Nesse momento, ficou inerte, não produziu qualquer resultado prático com a decisão judicial obtida, simplesmente recebeu a decisão judicial sem produzir resultado efetivo posteriormente.

Tal omissão, em não promover as adequações necessárias junto a imóvel irregular, poderia se caracterizar como ato passível de tipificação como improbidade administrativa, embora a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul seja uníssona em entender que tal só ocorre com a presença do dolo no agir do gestor.

Historicamente, viu-se que não houve qualquer gestor do “case” que tenha sido apontado pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul ou tenha sido objeto de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, acerca de fatos envolvendo nunciação de obra nova.

No estudo da atual jurisprudência, em decisões recentes tomadas pelo Poder Judiciário para casos semelhantes, viu-se que para se caracterizar a improbidade administrativa do agente público, no entendimento dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deverá estar claramente caracterizado o dolo, a intenção do gestor em lesar o órgão público, de causar efetivo dano em proveito próprio ou de terceiros.

Concluiu-se que a omissão, em especial no caso em estudo, não caracteriza tal ato improprio, pois não há possibilidade legal de caracterizar nela a presença de dolo, salvo se de tal inércia resultar vantagem própria ou a terceiros, de modo a caracterizar-se assim o dolo.

Ademais, ao analisarmos a decisão judicial transitada em julgado, tal confere ao gestor uma AUTORIZAÇÃO, diferente de uma obrigação.

Interpretando-se esse ponto, temos que a autorização é liberdade para agir, significa análise administrativa e técnica do caso(muito embora o processo já contenha tais elementos), possibilitando ao gestor adequar sua conduta de acordo com tais condicionantes, não estando limitado quanto ao tempo e quanto a forma.

Em outras palavras, por analogia, uma vez autorizado, o gestor teria a chave, mas não estaria obrigado a abrir a porta. Poderia escolher o melhor momento para fazê-lo, ou até mesmo jamais executar tal ação.

Mas e se reiteradas condutas assim se apresentarem? Se reiteradas omissões fossem promovidas, não poderia haver uma interpretação de que o gestor estaria direcionando recursos para uma ação infrutífera, contrária a um dos princípios norteadores da administração pública, o Princípio da Eficiência ?

Certo é que, conclusivamente, as omissões se perpetuaram na administração de Garibaldi quanto ao ponto em análise, sendo que dos casos estudados apenas pouco mais de 5% das ações judiciais resultaram em demolições dos imóveis, todas voluntárias, efetuadas pelos próprios munícipes. Jamais as demolições foram

promovidas diretamente pelo município, por ordem direta do gestor ou de seus secretários.

Tais omissões causaram considerável prejuízo econômico ao município, vez que houve o envolvimento de servidores, pagamento de honorários periciais, gastos com estudos e projetos. Tais valores poderiam ter sido direcionados para outras ações mais efetivas, como gastos com saúde, educação, etc.

Mas conclusivamente, é improvável que tal omissão produza qualquer responsabilização do gestor público, por estar ele promovendo ato necessário à Política Urbana do município, com o ajuizamento da demanda judicial, independente do resultado final obtido.

No entanto, um fato diferencia Garibaldi dos demais casos. Esta diferença está no *animus*, na intenção, na vontade do gestor. E esse *animus* restou claramente configurado quando da edição e aprovação pela Câmara Municipal de Garibaldi de lei que autoriza o Município a promover a regularização de imóveis irregulares, independente da existência de diversas ações judiciais, mostrando que o gestor, autor intelectual da lei, detentor da iniciativa legislativa, aplica política urbanística que se distingue daquela apresentada pelo Plano Diretor, pelo Código de Obras e pelas demais normas urbanísticas vigentes.

O somatório da omissão pós ação judicial que autoriza demolição, mais a edição de lei que autoriza o poder público a regularizar imóveis irregulares, mesmo contrários ao Plano Diretor do município, evidencia a política do gestor quanto ao tema urbanístico.

Evidenciou-se a ausência de interesse em uma política urbanística mais rígida, que impossibilite edificações contrárias à legislação urbanística municipal, Plano Diretor e Código de Obras, mas sim uma ampla liberalidade, inclusive com a regularização dos imóveis sem que haja adequação aos dispositivos urbanísticos legais.

Esse agir, contrário ao interesse da coletividade, vez que beneficia alguns poucos em detrimento dos demais, na ótica de quem detém conhecimento da área jurídico/pública, remete a um agir com dolo, inclusive possibilitando interpretação, aqui uma suposição para fins interpretativos, quanto a intenção de obter vantagem para si e para terceiros.

Para si quando promove a regularização dos imóveis em detrimento da melhor técnica aplicável, em flagrante intenção de não promover uma ação prática contrária ao município em particular, o que remeteria a interpretação de conduta puramente eleitoreira ou até mesmo passível de análise quanto a eventual vantagem financeira, se outros elementos no futuro surgirem.

Para terceiros quando a regularização traz excessiva vantagem ao município infrator, que jamais regularizaria seu imóvel se não houvesse a passividade do gestor quanto ao ponto.

De tudo o exposto, resta inequívoca constatação de que o agir dos gestores de Garibaldi, nos últimos cinco anos, não obedeceu a melhor técnica em proveito da coletividade. Houve omissão excessiva, direcionamento de recursos públicos para ações ineficientes, agir doloso quando da regularização administrativa de imóveis irregulares (mesmo com autorização legislativa – cuja iniciativa foi do Poder Executivo) e não aplicação do Plano Diretor e do Código de Obras, em flagrante conflito de leis.

Restando inequívocas tais constatações, concluo, que passíveis aos gestores do município, que o dirigiram nos últimos cinco anos, de ações judiciais capazes de promover a devolução aos cofres públicos dos valores gastos com as ações de renúncia de obra nova em que se constatou omissão após o trâmite judicial.

As limitações deste trabalho, em especial quanto a ausência de outras obras sobre a matéria e a falta de maiores dados públicos, em especial sobre o efetivo número de imóveis fiscalizados pela administração municipal no período, impossibilitaram maior aprofundamento sobre a responsabilização do gestor público, limitando inclusive o cotejo com outras condutas omissas.

Quando do início do trabalho, na pesquisa bibliográfica, as dificuldades centraram-se em encontrar obra que tivesse como tema a responsabilidade do gestor público. Tal obra não foi localizada. Nenhuma bibliografia encontrada versava exatamente sobre a matéria objeto deste trabalho, tendo sido necessário aglutinar assuntos e interpretá-los para obtenção do fim almejado.

Também os dados fornecidos pelo município não estavam totalmente compilados, tendo sido necessário avaliá-los antes de considerá-los aptos ao estudo aprofundado.

Como já dito, a inexistência de dados quanto ao total de imóveis fiscalizados pelo município, no período de pesquisa, não permitiu que houvesse um levantamento proporcional entre tais imóveis e aqueles que necessitaram de medidas judiciais para regularização.

Mesmo assim, de posse dos dados compilados e devidamente analisados, resta como sugestão a implementação na administração pública de uma efetiva fiscalização urbanística, constituída de suporte jurídico e técnico, ligada à secretaria de obras ou outra similar, para coordenar o agir técnico do município, reportando qualquer irregularidade ao controle interno do município ou ao Conselho Municipal responsável pela política urbanística, para que aponte ao Prefeito e até mesmo ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e à Promotoria local, se não promovida sua regularização pelo gestor, tudo constituído de um sistema de controle e armazenamento, capaz de arquivar os registros fiscalizatórios, para fins de ações estatísticas e de gestão.

Tal conduta visa o bem maior da sociedade no todo, primando por uma conduta que resultará, a longo prazo, em melhores condições de vida para a comunidade, com aproveitamento racional do solo e melhores condições sociais junto ao ambiente urbano.

A publicidade de tais dados, junto ao portal da transparência do município, com a informação das ações administrativas e judiciais, incluindo seus resultados, viria a promover a ampla discussão sobre pontos controversos, colaborando com a boa prática e gerando benefícios diretos.

Em ato contínuo ao término deste trabalho, ou por promoção de terceiros em casos semelhantes, outros pontos poderão ser aprofundados, buscando-se a forma como se dará a responsabilização do gestor negligente, como se promoverá a restituição ao Erário dos valores indevidamente gastos e a pesquisa em outros municípios de métodos mais efetivos de urbanização pela via judicial, o que por certo elevaria o valor da pesquisa e traria elementos novos e casos de sucesso que poderiam ser implementados em qualquer município.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. Da Nunciação de Obra Nova, São Paulo: Editora Leud.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos; Comentários ao Estatuto da Cidade – 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- COCICOV, Jorge. Ação de Nunciação de Obra Nova e Medidas Processuais Afins, São Paulo: Editora Mizuno.
- Código Civil Brasileiro – Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- Código de Processo Civil – Lei Federal nº 5.863, de 11 de janeiro de 1973.
- FIGUEIREDO, Marcelo; Probidade administrativa - 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil – Vol. 3, São Paulo: Editora Saraiva.
- Lei Municipal nº 1.352/75 (Código de Obras de Garibaldi).
- Lei Municipal nº 3.562/06 (Plano Diretor de Garibaldi).
- LESSA, Sebastião José; Improbidade administrativa: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- LIMA, Ana Luiza Pereira; Lima, Manuel Messias Pereira. A Responsabilidade Fiscal do Gestor Público e a Responsabilidade Criminal, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos.
- LUCA, Ida Beatriz de. O Direito Constitucional de Propriedade Exercido Através da Ação de Nunciação de Obra Nova, Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal - Parte Geral. 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina; Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência – 2ª ed., Curitiba/PR: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

VETTORATO, Gustavo. O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 176, 29 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4369>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

ANEXO I

- Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992. (parcial)

Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do

exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei,

sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

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, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

ANEXO II

- Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre a matéria.

*APELAÇÃO CÍVEL. ... MÉRITO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VERIFICAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO NA CONDUTA DO AGENTE PÚBLICO REPUTADO COMO ÍMPROBO. NECESSIDADE DE AGIR IMPULSIONADO PELA MÁ-FÉ. Para a caracterização do ato ímprobo é indispensável demonstração do elemento subjetivo, verificando-se **se houve dolo ou culpa na conduta do agente**. Nos casos previstos nos arts. 9º e 11º da supracitada norma, exige-se a comprovação do dolo para a tipificação da conduta. Já na situação disposto no art. 10, necessária a caracterização de dolo ou culpa grave. **A improbidade não é mera ilegalidade**, sendo certo que a Lei nº 8.429/92 dá ênfase ao elemento subjetivo do agente, que deve ser demonstrado (dolo ou culpa), sendo rejeitada a tese de "responsabilidade". A ilegalidade, por si só, não colore a figura da improbidade, muito mais grave e, por óbvio, passível de sanções mais severas. A violação ao princípio da legalidade convola-se em improbidade administrativa se o agente público revelar má-fé. Precedentes do STJ e do TJRS. - REVISÃO DO SUBSÍDIO DO PREFEITO E VICE-PREFEITO DE CANDIOTA POR DECRETOS. ILEGALIDADE QUE NÃO CONFIGURA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI MUNICIPAL Nº 727/04 PREVENDO A REVISÃO ANUAL NOS MESMOS MOLDES EM QUE A REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE CANDIOTA. FORMA DE REVISÃO PREVISTA EM LEGISLAÇÕES MUNICIPAIS ANTERIORES. AUSENTE DOLO E MÁ-FÉ. IMPROBIDADE NÃO CONFIGURADA. Lei Municipal nº 727/04 que dispôs sobre a fixação do subsídio do Prefeito e do Vice-Prefeito de Candiota para o quadriênio de 2005/2008, estabelecendo os respectivos valores, bem como a forma de revisão anual da expressão monetária por meio da aplicação dos mesmos índices e nas mesmas datas observadas para a revisão geral da remuneração para os servidores municipais. A despeito da discussão acerca da constitucionalidade (ou não) de tal normal, foi com base neste permissivo legal que foram expedidos os Decretos Municipais pelo*

Chefe do Poder Executivo para fins de revisão anual dos subsídios do Prefeito e do Vice-Prefeito. Tal forma de reajuste já encontrava previsão idêntica na Lei Municipal nº 528/00, que dispôs sobre a fixação da remuneração dos agentes políticos referidos para o qual instrumento normativo adotado para a concretização do reajuste dos subsídios do Prefeito e Vice-Prefeito não fora o adequado. Contudo, percebe-se claramente que a atuação do Chefe do Poder Executivo pautou-se pela faculdade conferida por lei municipal, até então hígida e eficaz, no sentido de autorizar a revisão mensal dos subsídios dos agentes políticos referidos na mesma forma que operada a revisão geral dos servidores públicos municipais, circunstância que, por si só, não permite vislumbrar a má-fé na atuação do agente público. Por certo, à luz do princípio da proporcionalidade, a conduta supostamente reputada como ímproba mostra-se compatível com o contexto sócio-político do local em que fora praticada. Em que pese não se desconheça que tais decretos não se constituem na espécie legislativa pertinente com o objeto pretendido, uma vez que seria adequada a edição de lei específica, não se visualiza atuação do demandado, enquanto Prefeito Municipal de Candiota, permeada pela má-fé, com intuito inequívoco de auferir vantagem ilícita por meio do reajuste despropositado de sua remuneração e a do Vice-Prefeito. Improbidade administrativa não configurada. - PAGAMENTO DE SERVIÇO EXECUTADO EM OBRA EM VALOR MUITO SUPERIOR AO SERVIÇO PRESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE TERMOS DO EDITAL DE LICITAÇÃO E DO CONTRATO QUE CONFIGURAM ILEGALIDADE E NÃO IMPROBIDADE. AUSENTE MÁ-FÉ E PREJUÍZO AO ERÁRIO DO MUNICÍPIO DE pelo TCE, não se vislumbra a configuração de ato de improbidade que importasse prejuízo ao erário. Muito embora ressaltado no relatório elaborado pelos auditores que a execução do reaterro mecânico de valas deu-se por meio da utilização de material local com controle, além de não vincular eventual discussão judicial, fundamentou-se em elementos que não se submeteram ao crivo do contraditório. A prova testemunhal colhida no feito dá conta de que o reaterro mecânico de valas foi realizado mediante a utilização de material importado, ou seja, não houve

reaproveitamento do material oriundo da escavação das valas. Além disso, atestado técnico acostado aos autos por meio do qual o Município de Candiota atesta, para fins de comprovação de realização de obra, que o responsável técnico pela demandada executou os serviços especificados, dentre os quais consta, expressamente, REATERRO MECÂNICO DE VALAS COM MAT. IMPORT. C/ CONTROLE . A rigor, tais condutas afiguram-se aptas a configurar irregularidades e, no máximo, ilegalidades na execução de contrato administrativo precedido de licitação. Contudo, não se prestam a constituir comportamento reputável como improbidade administrativa, pois a improbidade administrativa constitui ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, que atua sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave, não se coadunando a aplicação da Lei nº 8.429/92, notadamente pela severidade de mera ilegalidade. A ilegalidade, por si só, não colore a figura da improbidade, muito mais grave e, por óbvio, passível de sanções mais severas, pois sua conformação exige como elemento estruturante a má-fé a permear a conduta reputada como desonesta, situação não verificada no caso em exame. Ademais, não há falar em prejuízo ao erário, uma vez que o Município de Candiota, na gestão do primeiro demandado, procedeu no pagamento do serviço efetivamente prestado pela empresa demandada (Reaterro Mecânico de Valas com Mat. Import. c/ Controle), inclusive observando os valores usualmente praticados no mercado para o mês de setembro de 2007. - PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESCABIMENTO. O art. 18 da Lei 7.347/85 afasta a obrigação de adiantamento ou pagamento de custas e honorários pelo Ministério Público nas ações civis públicas, salvo quando comprovada a má-fé. PRELIMINARES REJEITADAS. APELOS E RECURSO ADESIVO PROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70061054649, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 16/04/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE HORIZONTINA. VICE-PREFEITO. NOMEAÇÃO E MANUTENÇÃO DE IRMÃ

NO CARGO DE DIRETORA DO DEPARTAMENTO DE EMPREGO MUNICIPAL ENQUANTO PREFEITO EM EXERCÍCIO. ADVERTÊNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DO DOLO VERIFICADA. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF. ART. 10, I E II E ART. 11, INCISOS I E II DA LEI N.º 8.429/92. A Lei n.º 8.429/92 dispõe acerca de sanções aos agentes públicos em casos de atos de improbidade administrativa, estes previstos na Constituição Federal. Para a caracterização do ato ímprobo, é matéria uníssona na jurisprudência do STJ a necessidade de demonstração do elemento subjetivo, sendo indispensável a verificação da ocorrência de dolo na conduta do agente na hipótese de ato de improbidade que importa enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei 8.429/92). Caso concreto em que os elementos de convicção disponíveis permitem concluir no sentido da caracterização de atos de improbidade administrativa consubstanciados na ocorrência de prejuízo ao erário e de violação aos princípios da Administração Pública, em decorrência da inequívoca e funesta prática de nepotismo. Ressalte-se que o cargo para o qual a irmã do demandado fora nomeada e mantida não ostentava natureza política, circunstância que poderia, em princípio, desconfigurar a prática de nepotismo tal como estipulada no teor da Súmula Vinculante nº 13 do STF, mas sim de natureza eminentemente administrativa, pois se tratava de cargo técnico de direção. Na hipótese tratada nos autos, ademais, não houve o efetivo exercício do cargo de direção para o qual houve a nomeação, como admitido pela nomeada, porquanto permaneceu no exercício de atividades já anteriormente desempenhadas, o que além de ofender a moralidade, provocou prejuízo ao erário pelo recebimento de remuneração indevida. - SANÇÕES. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. CONSIDERADAS AS DEMAIS SANÇÕES APLICADAS E AS PRÓPRIAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. O enquadramento em conduta descrita no art. 9º, da Lei nº 8.429/92, ensejam a aplicação, isolada ou cumulativa, das sanções instituídas pelo art. 37, §4º, da Constituição, e graduadas no art. 12, I, da Lei de Improbidade Administrativa, com observância à extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido

(Art. 12, par. único), bem como aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Na espécie, as sanções aplicadas ao demandado pela sentença não se afiguram adequadas, porquanto não se mostram razoáveis e proporcionais ao caso em exame, considerando-se as circunstâncias dos fatos sob análise e a relativa gravidade da conduta ímproba verificada. Especificamente, a condenação do demandado ao pagamento de multa no valor equivalente a 10 (dez) vezes o valor do dano apresenta-se excessiva, uma vez que já é servidor municipal de Horizontina, além de suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público por cinco anos. Redução da multa ao valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Correção monetária pelo IPCA e juros de mora de 1% ao mês, ambos a contar da data deste julgamento. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70063038277, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 16/04/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES EM CARGOS COMISSIONADOS SEM ATRIBUIÇÃO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA MÁ-FÉ OU CULPA GRAVE. CONDUTA AMPARADA POR LEI MUNICIPAL. Não se confunde a improbidade com a mera ilegalidade. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) exige, para a configuração do ato ímprobo, prova do elemento subjetivo na conduta praticada pelo agente público. Precedentes do STJ. Ainda que não observados alguns dos preceitos constitucionais, não ficou caracterizada a presença de dolo ou culpa grave na conduta do réu, especialmente diante da existência de Lei Municipal autorizando a criação dos respectivos cargos. APELAÇÃO DESPROVIDA POR MAIORIA. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70062310982, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 15/04/2015)

*APELAÇÃO CÍVEL. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE SAPIRANGA. LEI MUNICIPAL DESAFETANDO ÁREA VERDE E DOANDO A EMPRESA DO SETOR CALÇADISTA. INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM JÁ RECONHECIDA EM OUTRO PROCESSO. **AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DO AGIR DOLOSO DO PREFEITO MUNICIPAL.** IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.*** A declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei municipal que autorizou a desafetação e doação de área verde a determinada empresa do setor calçadista, sem processo licitatório, em outra ação civil pública, não implica automaticamente na procedência do pedido veiculado na presente lide, de reconhecimento de ato de improbidade administrativa praticado pelo então Prefeito Municipal. Para tal fim, há que se perquirir acerca do eventual enquadramento do fato num dos dispositivos da Lei nº 8.429/92, verificada a presença do elemento subjetivo no agir do réu - dolo ou culpa, a depender do dispositivo de lei incidente. **Eventual agir ilegal ou meramente equivocado do Administrador Público não leva à sua condenação pela prática de ato ímprobo**, conquanto não se pode confundir inabilidade com improbidade. Caso concreto em que a conduta do réu não se enquadra no art. 10 da Lei de Improbidade, face à ausência de dano ao Erário, ou prova nesse sentido, restando apenas a análise do art. 11, o qual, no entanto, exige a presença do elemento subjetivo dolo no agir do réu, e deste não se tem prova nos autos. Hipótese, inclusive, em que o Administrador baseou sua decisão em pareceres favoráveis das secretarias da indústria, comércio e turismo e da fazenda, e em parecer da assessoria jurídica do Município. Juízo de improcedência que se impunha. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70062238514, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 15/04/2015)

(grifo nosso)