

## 5. Medidas regularizadoras versus medidas sancionadoras

Quando a irregularidade na obra ou atividade, todavia, não tem origem em equívoco da Administração, mas inteiramente na postura dos administrados, enseja-se *controle corretivo e/ou repressivo* do Poder Público. A linha é tênue para identificar quais as medidas adequadas à situação fática, se de *regularização*, eventualmente conjugada com *reparação/compensação*, ou *sancionadoras strictu sensu*, como os embargos e a demolição. O primeiro consiste na “paralisação dos trabalhos por ordem da autoridade pública competente, quando o particular não observa normas técnicas ou administrativas na execução da construção ou a executa sem prévia licença”. Já a demolição, “sendo a mais rigorosa sanção administrativa, somente cabe sua aplicação, com bastante prudência, em casos extremos”<sup>1</sup>:

Em se tratando de obra licenciada, a ordem de demolição somente será expedida após processo regular, com direito de defesa, no qual se desconstitua a licença (por anulação ou cassação) e, não sendo efetuada a demolição pelo próprio interessado, caberá a demolição compulsória. Tratando-se de obra clandestina, a demolição é efetivada mediante ordem sumária da Administração.<sup>2</sup>

Sendo esta a faceta mais ostensiva do poder de polícia municipal, a efetividade das sanções administrativas encontram uma série de entraves:

- ausência ou obscuridade da regulamentação legal
- baixa capacidade institucional: frágil estrutura suficiente para o adequado desempenho das tarefas de fiscalização
- leniência/omissão na autuação e aplicação das sanções
- deficiência/morosidade no devido processo administrativo
- sobreposição de competências entre agentes de entes federativos diversos e de órgãos distintos, em cada um deles

Se a tendência dos licenciamentos é a unificação, quanto possível, também parece ser esta a da fiscalização. A fragmentação dos procedimentos, contudo, dificulta delimitar a quem incumbe a atribuição final de aplicar as medidas pertinentes e a judicialização é constante, tanto por parte da Administração, quanto dos administrados. Claro está que a inobservância da interdição (que não configura sanção, mas medida acautelatória em situações de risco iminente, como ameaça de ruína de prédio), da ordem de embargo ou

---

<sup>1</sup> MUKAI, Toshio. Op. cit., p. 389.

<sup>2</sup> MUKAI, T. Idem, ibidem.

de demolição submete-se ao tipo do art. 330 do Código Penal (crime de desobediência). Isto posto, as conseqüências administrativas frustram-se em face da divergência da literatura.

De um lado, autores como Hely Lopes Meirelles defendem que a auto-executoriedade das sanções administrativas estendem-se à viabilidade de imposição direta pelo Município, inclusive com emprego de força, sem necessidade de autorização judicial<sup>3</sup>. De outro giro, parte da doutrina, ainda que menos contemporânea, versa que “os atos de polícia edilícia ou sanitária, no sistema brasileiro, não são executáveis diretamente e por força da própria administração de que provêm, mas sujeitos a controle preventivo do órgão jurisdicional”<sup>4</sup>. Julgados há em ambos os sentidos, assomando coerente a argumentação, uma vez mais, de Toshio Mukai:

No nosso entender, nada impõe (nem a Constituição Federal) a obrigatoriedade do controle prévio do judiciário nas demolições determinadas pela Administração, já que o poder de polícia das construções, inerente ao Poder Público, pressupõe, evidentemente, a aplicação de sanções, sejam elas pecuniárias ou não. Retirar do Executivo tal possibilidade é esvaziar o exercício do poder de polícia que lhe é inerente, e transferir tal faculdade ao Poder Judiciário é infringir o princípio da independência e harmonia dos poderes (...)<sup>5</sup>

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são atributos tradicionais do poder de polícia exercitado pela Administração a *discricionariedade*, a *auto-executoriedade* e a *coercibilidade*. A segunda pode, ainda, ser desdobrada em *exigibilidade* (faculdade de tomar decisões executórias sem consulta preliminar ao Judiciário, cumpridas indiretamente pela aplicação de penalidades ou pela substituição ao particular, dele cobrando posterior ressarcimento) e *executoriedade* (poder de impor tais decisões *por meios diretos de coação*). Nem todos os atos administrativos gozariam de auto-executoriedade, mas tão somente aqueles assim previstos em lei e depois de procedimento administrativo. Em casos de urgência, procedimentos especiais seriam admissíveis, desde que o emprego da força não seja desmedido, cabendo responsabilização cível e/ou penal. A característica central da auto-executoriedade é “inverter o ônus de ir a juízo”, vez que os atos da Administração gozam de presunção de

---

<sup>3</sup> “O embargo da obra pela Prefeitura deve ser precedido de notificação da fiscalização para a devida correção das irregularidades verificadas, e se não foram corrigidas nas condições e prazos estabelecidos justifica-se a interdição dos trabalhos por meios diretos do próprio Município, e até emprego de força policial requisitada, se houver resistência do embargado” (MEIRELLES, H. L. Op. cit., p. 458).

<sup>4</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 688.

<sup>5</sup> MUKAI, T. Op. cit., p. 390.

legitimidade<sup>6</sup>. Quanto às medidas repressivas, em espécie, a autora deslinda o seguinte rol:

- a) anulação/cassação de alvará: ato unilateral, mas que exige garantia do direito ao contraditório e ampla defesa;
- b) embargo de obra: deve estar previsto em lei, caso contrário, apenas o Poder Judiciário poderá expedir a ordem. Poderá ser feita a *interdição compulsória* desde que prevista em lei. Se não houver previsão, admitir-se-á a medida apenas diante de risco iminente aos moradores ou vizinhos;
- c) demolição de obra: cabível quando a construção for clandestina, com força auto-executória. Porém, se verificado que a mesma, a despeito de ausência de licenciamento, atende aos requisitos urbanísticos da lei, proceder-se-á à notificação para regularização, e não à sua derrubada. Quando se tratar de edificação ruínosa, a demolição encontra fundamento no art. 188, II, do Código Civil (*Não constituem atos ilícitos: (...) a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente*), observados os meios proporcionais ao fim.<sup>7</sup>

A despeito da *communis opinio* em torno da natureza extrema da demolição (medida de *ultima ratio*), nem sempre é fácil distinguir em que cenários a regularização de uma edificação é viável. A suspensão das atividades comerciais ou industriais, é certo, não gera o mesmo nível de transtorno, traduzível, mesmo assim, patrimonialmente. A derrubada de uma construção, porém, a depender de seu uso – e mormente quando sirva ela de habitação – pode confrontar a dignidade da pessoa humana em patamares inaceitáveis. Trata-se, em suma, de conflito entre um interesse difuso (*ordem urbanística*) e um interesse individual/coletivo indisponível (*moradia digna*).

Nessas oportunidades, a solução será sempre casuística, com influxo do princípio da proporcionalidade-razoabilidade e mediante ponderação sobre o tipo de intervenção (*regularização ou demolição*) de menor potencial lesivo: “tal como a atividade tipificante que responde pela configuração *in abstracto* das infrações e sanções administrativas, a *atividade tipificadora e sancionadora in concreto* assujeita-se às injunções normativas do princípio da razoabilidade-proporcionalidade”<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit., p. 26-28.

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Idem, p. 33.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 485.

Em situações excepcionais, contudo, há que se reconhecer o influxo da *teoria do fato consumado*, na vertente da *estabilização dos efeitos dos atos viciados*<sup>9</sup>. O decurso do tempo e a consolidação do processo de urbanização podem tornar a situação fática de tal modo inalterável, sua modificação a fórceps tão prejudicial a direitos fundamentais, que o benefício social será maior em se tolerando a sobrevivência no ordenamento jurídico, de um ato administrativo (licença ou autorização) eivado de irregularidade, ainda que insanável, como uma espécie de *prescrição urbanística*.

O mesmo se pode afirmar de determinados tipos de obras, a rigor, clandestinas, *desde que configurado interesse social*. O “interesse social”, evidenciado pela ocupação por população de baixa renda ou outros grupos sociais vulneráveis, é modalidade de *cláusula geral urbanística* trazida pelo Estatuto da Cidade e consolidada pela Lei 11.977/2009, a permitir a flexibilização de parâmetros e índices urbanísticos (como os de uso e ocupação do solo), para regularização fundiária. Enquanto o primeiro diploma define, entre os instrumentos político-jurídicos do art. 4º, V, as *Zonas Especiais de Interesse Social* (alínea ‘f’), o último diploma menciona, expressamente, a *regularização fundiária de interesse social*:

Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:

(...)

VII – regularização fundiária de interesse social: regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, nos casos:

- a) em que a área esteja ocupada, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, 5 (cinco) anos;
- b) de imóveis situados em ZEIS; ou
- c) de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social;

Ora, a regularização de um assentamento precário, logo, fora dos padrões urbanísticos apontados no zoneamento, é aceita pelo direito brasileiro com fundamento no primado da moradia digna, admitindo-se, por conseguinte, não o *saneamento de infrações administrativas* (construções clandestinas), mas a *flexibilização dos regulamentos administrativos* (e, nos termos do art. 54, mesmo dos regramentos

---

<sup>9</sup> “(...) após um certo lapso de tempo, diante de determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas, há a estabilização do vício – ou seja, o que era um ato inválido passa a ser ato irregular – e a conversão do dever de invalidar em dever de sanar – quer dizer, o sistema exigia a edição de um ato invalidante, mas passa a exigir a edição de um ato redutor, convertedor ou convalidante (...)” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 452).

ambientais, atendidos alguns critérios) para que tais edificações deixem a irregularidade. É dizer, altera-se a norma e se anistiam as infrações anteriores, mas não se convive com a sanção impune, ignorando-a. Resta discutir, contudo, se as novas edificações promovidas pós-regularização fundiária necessitarão de licenciamento (quijá em modalidade simplificada), o que parece razoável. As ZEIS, instituídas por lei ou decreto) não são espaços de exceção, de não-direito, mas territórios com parâmetros particulares de uso e ocupação do solo, que ainda possibilitam a conferência a ser empreendida pela Administração Pública.

Destarte, é preciso alertar para o emprego indiscriminado das medidas de regularização, que não podem sobrepor-se à própria legislação, especialmente em benefício de pessoas físicas ou jurídicas sem qualificação de hipossuficiência, qual se verifica correntemente para condomínios de alto padrão, loteamentos fechados, hotéis em terrenos de marinha e áreas de preservação ambiental ou grandes empreendimentos como *shoppings*, sob pena de perversão da lógica e dos objetivos do planejamento urbano.