

Controle de Edificações

Importante atribuição do Poder Executivo Municipal na consecução do cumprimento das funções sociais da propriedade urbana e da cidade, propiciando um desenvolvimento urbano equilibrado, socialmente justo, e sustentável do ponto de vista econômico e ambiental, bem como evitando e corrigindo distorções no crescimento urbano e seus efeitos negativos para o meio ambiente e para a qualidade de vida das pessoas, é o controle das construções.

Quanto aos aspectos estruturais e funcionais, busca-se garantir que as edificações sejam seguras e salubres para as pessoas e para o meio ambiente e estruturalmente idôneas à função para qual se destina.

No que se refere à dimensão urbanística, esse controle busca assegurar que as novas edificações se integrem em harmonia com a cidade, concretizando progressivamente o plano de desenvolvimento urbano que foi democraticamente elaborado.

Assim, o controle administrativo das edificações urbanas é um instrumento de tutela preventiva de direitos difusos, sociais e individuais indisponíveis por meio do qual se verifica se há observância às regras de ordenação de uso e ocupação do solo, editadas para traduzir o interesse público quanto à melhor destinação dos espaços, levando em conta as condicionantes físico-ambientais, as características socioeconômicas locais e as aspirações de desenvolvimento do Município.

Para um eficaz exercício desse poder-dever do Município, impõe-se, no plano institucional, a estruturação de um processo administrativo de licenciamento e acompanhamento de construções, ampliações, reformas e demolições bem como ações de vigilância contra obras clandestinas.

Por serem atividades que intervêm com a ordenação urbana, qualquer construção, ampliação, reforma ou demolição precisa ser previamente licenciada pelo Poder Público Municipal. A licença é comumente chamada de “alvará” de construção, reforma, ampliação ou demolição.

Grandes empreendimentos/atividades como shopping centers, grandes escolas e universidades, empreendimentos habitacionais de vulto, rodovias urbanas, loteamentos, condomínios fechados, atividades geradoras de poluição sonora ou que emitam ondas

eletromagnéticas e/ou gases poluentes, construções que causem impacto visual significativo na paisagem urbana, por serem potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente e da qualidade de vida urbana, precisam previamente submeter a estudo de impactos no ambiente urbano, especialmente na vizinhança (Constituição Federal, artigo 225, § 1º, IV; Lei da Política Nacional de Meio Ambiente - Lei Nacional 6.938/1981, artigo 8º, II; Estatuto das Cidades - Lei Nacional 10.257/2001, artigo 4º, VI e artigos 36 e 37).

Trata-se de etapa do procedimento de licenciamento de empreendimento e/ou atividade na qual se avaliarão os impactos positivos e negativos do empreendimento ou atividade na qualidade de vida da coletividade que reside na vizinhança, abrangendo, no mínimo, os aspectos adensamento populacional, equipamentos urbanos e comunitários, uso e ocupação do solo, valorização imobiliária, geração de tráfego e demanda por transporte público, ventilação e iluminação, paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Enfim, os Estudos de Impacto de Vizinhança e os Estudos de Impactos Ambientais e seus respectivos Relatórios (EIV e EIA-RIMA) são instrumentos para se analisar se a edificação projetada e/ou a atividade que nela se desenvolverá poderá causar efeitos nocivos à dinâmica da cidade, como, por exemplo, adensamento excessivo além da capacidade de suporte da infraestrutura e equipamentos, aumento de tráfego, emissão de ruídos e/ou de gases poluentes, etc. Emerge daí o valor desses instrumentos na tutela preventiva dos direitos à saúde, ao meio ambiente e à cidade, especialmente em suas dimensões de direito à mobilidade urbana, saneamento ambiental, moradia e trabalho.

Mesmo previamente licenciadas, as obras urbanas precisam ser fiscalizadas durante a sua execução, para assegurar-se de sua conformidade ao alvará expedido. O fiscal que inspecioná-las lavrará termo de ocorrência das irregularidades que constatar, encaminhando-o à autoridade superior, a qual, se for o caso, expedirá auto de infração e intimará o interessado para regularizar a construção.

Depois de terminada, o Poder Público Municipal terá que verificar se a edificação foi executada em conformidade com o projeto previamente aprovado. Confirmada a regularidade, expedir-se-á a licença respectiva (“habite-se”, “certificado de conclusão de obra”, “atestado de conclusão”, etc. – a terminologia varia de acordo com a legislação de cada Município).

Além da licença que certifica a conformidade da edificação com o projeto previamente aprovado, podem ser exigidas, de acordo com a atividade que será desenvolvida no local, outras licenças complementares como o alvará de funcionamento e alvará sanitário entre outros.

Verificando-se a ocorrência de obra clandestina (sem prévia licença) ou executada em desconformidade com a licença expedida, cumpre ao Poder Executivo Municipal embargá-la, isto é, ordenar a paralisação dos trabalhos, interditar atividades que se desenvolvam no local, bem como proceder à demolição compulsória nos casos em que não for possível a regularização.

Há a possibilidade também de previsão de sanções pecuniárias (multas) pela inobservância das regras de uso e ocupação do solo. Tudo conforme disposto na legislação local (geralmente denominada de “Código de Obras”).

Excepcionalmente, e sem prejuízo do pagamento de multa, construções clandestinas, mas instaladas em conformidade com os parâmetros da legislação urbanística, podem ser regularizadas, mediante outorga de licença a posteriori.

Omissões ou atuações insuficientes do Poder Público Municipal no cumprimento dessa função, tolerando indevidamente construções clandestinas e com irregularidades insanáveis, concorrem para a perda de qualidade de vida, impulsionam a degradação das cidades, gerando enormes transtornos à coletividade. Sendo assim, e por sua grande relevância para o atendimento ao direito difuso a cidades socialmente inclusivas, ambientalmente equilibradas e economicamente sustentáveis, o exercício da função administrativa de controle das edificações urbanas é objeto de fiscalização pelo Ministério Público.

1. Direito de construir e controle do uso e ocupação do solo

Decorre da noção de poder de polícia do Município o controle preventivo que exerce o mesmo sobre o uso e ocupação do solo urbano, por meio do processo de licenciamento, destacadamente no que tange ao parcelamento e à atividade edilícia. Tal prerrogativa é mesmo diretriz constitucional de adequado ordenamento territorial, cara ao art. 30, VIII.

Todavia, se já se encontra assentado o entendimento de que inexistente um ‘direito subjetivo de parcelar’, vez que o ato de aprovação de loteamentos e desmembramentos

pelo Poder Executivo tem natureza de *autorização*, sujeitando-se a juízo de conveniência e oportunidade da Administração, embasado nas previsões do planejamento, o segundo aspecto enseja análise mais detida do chamado ‘direito de construir’, historicamente entendido de modo diverso pela legislação, doutrina e jurisprudência.

Na perspectiva civilística tradicional, emana o direito de construir diretamente do direito de propriedade, como um dos poderes dominiais, impassível de sofrer qualquer restrição externa. Já pela ótica do direito administrativo, o achatamento do *ius aedificandi* pode ser interpretado como modalidade de intervenção no direito de propriedade, tendo, como contraponto, a pretensão indenizatória do particular atingido. Ambos os vieses foram conciliados no Código Civil de 2002, nos dizeres do art. 1.299: “*o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos*”. Duas dimensões vêm à baila na prescrição: o direito de vizinhança, especialmente o dito “uso anormal da propriedade” do Título III, Capítulo V, Seção I (CC/2002), e os “regulamentos administrativos”.

No entanto, o paradigma urbanístico contemporâneo caracteriza essa restrição imposta pelo zoneamento não como limitação externa ao direito de propriedade, mas como conformação intrínseca ao seu próprio núcleo essencial, por força da necessária funcionalização da propriedade urbana inscrita no art. 182 da Carta Magna e que deflui, concretamente, do Plano Diretor, o qual, em sentido material, engloba também as leis de zoneamento.

Parece nítido, contudo, que a discussão não cessa, mas é reasentada sobre outros termos: *o sacrifício exigido chega a fulminar o núcleo essencial do direito de propriedade?* Este “núcleo essencial” depende, por óbvio, da funcionalidade do bem em suas circunstâncias materiais, ou seja, da “aptidão natural do bem em conjugação com a destinação social que cumpre, segundo o contexto em que esteja inserido”, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello¹, ou a “viabilidade prática e econômica do emprego da coisa”, na expressão de Carlos Ari Sundfeld². Como contraponto, a doutrina jus-urbanística portuguesa, na lição de Mário Esteves de Oliveira, oferece uma alternativa de composição ao determinar que “*subjetivamente*, quanto à sua titularidade, o proprietário tem a *garantia concreta e efetiva* da Constituição. Já quanto ao *uso objetivo* da propriedade, essa garantia é *abstrata e virtual* – pois, embora sejam seus os usos ou as utilidades que dela se podem tirar, eles são apenas aqueles que possam ser tirados (ou que não estejam proibidos de serem tirados)”³.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza jurídica do zoneamento: efeitos*. In: Revista de Direito Público 61/39.

² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 93

³ OLIVEIRA, Mário Esteves de. In: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n. 3, p. 197, 1995.

No cenário do direito brasileiro, o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) ofereceu uma solução para o impasse, ao desgarrar do direito de propriedade, expressamente, o direito de superfície e o direito de construir. Não geraria a mera regulação, em tese, do potencial construtivo de um terreno, legitimidade para a indenização, visto que a generalidade da comunidade, bem como cada um dos proprietários cujos imóveis tiveram sua edificabilidade circunscrita, dela se beneficiam, individual e coletivamente. Outra posição, ademais, tornaria qualquer política urbana inviável, especialmente aquelas de indução ao desenvolvimento (como a variação dos coeficientes de aproveitamento para utilização da outorga onerosa do direito de construir) e de distribuição dos ônus e benefícios da urbanização, conforme reza o art. 2º, IX do Estatuto. Da mesma natureza, ou seja, sem desdobramento indenizatório, é a incidência *ex lege* de Áreas de Preservação Permanente, que transformam parcelas de imóveis em *non aedificandi*, sem atingir a titularidade do bem.

A despeito da diretriz geral, têm os tribunais superiores decidido no sentido de que a supressão absoluta do potencial econômico da propriedade imobiliária é expediente análogo à expropriação indireta, inaceitável *prima facie*. Impõe-se sempre a comprovação da *idoneidade* (adequabilidade finalística), *indispensabilidade* (menor ingerência possível) e *ponderação* (balanceamento de direitos) nesta seara. Na dicção de José Roberto Pimenta Oliveira: “Não se deve, pois, presumir a necessidade da medida encampada pela norma da Administração, mesmo que fundada em elementos técnicos, pois existe o dever administrativo de plena comprovação de sua indispensabilidade”⁴. O argumento técnico, isoladamente, descamba em tecnocracia. A motivação efetiva das restrições deve ser explicitada.

Em resumo, vale mencionar a interpretação sintetizadora de Victor Carvalho Pinto, para quem o direito de construir e suas modulações pelo Poder Público não derivam do poder de polícia, *stricu sensu*, embora possam ser objeto de fiscalização com base nele. O direito de construir configura um bem autônomo, espécie *sui generis* de direito real, inclusive averbável junto à matrícula do imóvel sobre o qual recai, e patrimonializável pelo particular:

Em todos os institutos estudados, verifica-se a existência de ônus a serem suportados pelos proprietários para financiar a infra-estrutura urbana. No loteamento, são realizadas obras, transferidos terrenos e criadas servidões. Na contribuição de melhoria, na outorga onerosa, nas operações urbanas consorciadas e na transferência do direito de construir é feito um pagamento em dinheiro. Em todos estes casos, o benefício auferido em troca é a aquisição ou ampliação do direito de construir. O fato de haver uma relação

⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 317.

sinalagmática em todas essas situações, tendo por objeto o direito de construir, já demonstra que seu fundamento não pode ser o poder de polícia, uma vez que este não pode ser transacionado. (...) Estes mecanismos só fazem sentido se aceito o princípio da patrimonialização do direito de construir.⁵

A despeito da lição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro demonstra que o exercício do poder de polícia, *lato sensu*, é atribuído ao Estado em geral, e não apenas à Administração Pública, de modo que “o poder de polícia reparte-se entre Legislativo e Executivo. (...) O Poder Legislativo, no exercício do poder de polícia que incumbe ao estado, cria, por lei, as chamadas *limitações administrativas* ao exercício das liberdades públicas e indica as medidas de polícia cabíveis para impor o seu cumprimento”⁶. Portanto, embora seja o poder de polícia *imane*nte à Administração, seu *exercício* toma como pressuposto os atos de prévia legiferação, bem como o exercício do *poder regulamentar* do Executivo, em verdadeira expressão de *poder-dever* (ou de *dever-poder*, na inversão pós-constitucional envidada pela doutrina).

2. Natureza jurídica das licenças edilícias

Tendo vista tal conceituação, é preciso explorar a natureza jurídica já não do direito de construir em si, mas dos atos da Administração Pública que permitem o seu exercício. Diferentemente da aprovação de projeto de parcelamento do solo, a documentação da aprovação de projetos de construção, reforma ou demolição se dá mediante *alvarás de licença*, e não de autorização. Hely Lopes Meirelles bem explana ambas as categorias:

O alvará será de *licença* quando se tratar de construção *definitiva* em terreno do requerente; será de *autorização* quando se cuidar de obra *provisória*, em terreno do domínio público ou mesmo particular. A diferença está em que no caso de *alvará de licença* sua outorga assenta no direito do requerente à edificação em caráter definitivo no terreno indicado, como ocorre com as construções previstas no Código de Obras e nas leis de zoneamento; no caso de *alvará de autorização* sua expedição decorre de liberalidade da Prefeitura (e não de direito do requerente), como na hipótese da construção de uma banca em praça pública para venda de jornais (...) Daí decorre que o *alvará de*

⁵ PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico – Plano Diretor e Direito de Propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 314-316.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Poder de Polícia em matéria urbanística*. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Temas de Direito Urbanístico*. Vol 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, p. 25.

autorização é sempre revogável sumariamente pela Prefeitura, sem qualquer indenização, ao passo que o *alvará de licença* nem sempre o é.⁷

Tal distinção leva em conta, portanto, a existência ou não de *direito subjetivo* do particular requerente. Enquanto a autorização *gera* esse direito, nos casos de parcelamento, a *licença* apenas reconhece e consubstancia um direito preexistente, outorgado por lei (índices urbanísticos constantes do zoneamento) e condiciona seu exercício ao preenchimento de determinados requisitos, também previstos em normas específicas, mormente municipais.

Porém, se a teoria é clara quanto ao tema, a prática é complexa, especialmente quando envolvem conflito entre o interesse público e o particular. A doutrina estabeleceu, quanto às licenças urbanísticas, princípios reitores para auxiliar na solução desse tipo de controvérsia, tais como:

- a) necessidade: o particular que deseje exercer atividade edilícia está obrigado a licenciar a obra, nas hipóteses da lei municipal;
- b) caráter vinculado: já o Poder Público, no momento de outorga da licença, está adstrito às exigências legais, não podendo legitimamente negá-la quando verificados os mesmos. Alguns autores, porém, falam em certa *discricionariedade técnica* do Município, inclusive na caracterização dos requisitos legais;
- c) transferibilidade: alienado o imóvel, a licença para nele edificar segue o principal, favorecendo os sucessores ou adquirentes;
- d) autonomia: à Administração não cabe discutir, para concessão da licença, quaisquer pendengas sobre domínio do imóvel ou relativas às relações *inter privados*, tampouco nelas influenciando;
- e) definitividade: exercida a atividade nos termos e nos prazos da licenças, isto é, antes que a mesma caduque, gerando prescrição, o ato não pode ser discricionariamente revisto ou revogado.

Outrossim, é de se notar que, no tocante ao conteúdo dos requisitos supracitados, avalia-se, caso a caso, a compatibilidade da obra que se pretende encetar com os índices urbanísticos da zona em que se situa o imóvel em questão, tais como *taxa de ocupação*, *recuos*, *taxa de permeabilidade*, *coeficiente de aproveitamento*, *gabarito*, entre outros.

Por sua vez, diante de requisições para reforma ou demolição, são principalmente aspectos funcionais de segurança e de estrutura (quando houver ampliação da edificação) os verificados. Diretrizes técnicas, em geral, estão alocadas nos Códigos de Obras e nas

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 546-457.

Posturas Municipais. Normas técnicas, tanto as institucionalizadas via ABNT, por exemplo, quanto consensuais na comunidade científica também devem ser obedecidas:

A maioria das normas jurídicas contidas em planos, projetos, leis e decretos urbanísticos nada mais faz senão positivizar ou aplicar normas técnicas. O direito estatal não apenas positiva normas técnicas, como também a elas faz remissões, incorporando as formas de auto-regulação produzidas no interior da própria comunidade profissional. O resultado dessa transformação é um modelo institucional cujos parâmetros são distintos dos do constitucionalismo clássico. A exigência de positivação como condição para o reconhecimento da validade das normas técnicas ao mesmo tempo criaria problemas de inflação legislativa, tecnificação do direito e politização do urbanismo. A remissão do ordenamento jurídico a normas técnicas extra-estatais pode atenuar simultaneamente todos esses problemas. Ao regular a aplicação da ciência, o direito precisa respeitar os princípios que a regem (...) ⁸

Em todas as situações, pontue-se, a atividade edilícia apenas poderá ser desenvolvida quando o terreno de suporte qualificar-se como *lote*, isto é, porção de solo “com frente para logradouro público em condições de receber edificação residencial, comercial, institucional ou industrial”⁹. A produção de lotes pressupõe prévio loteamento ou desmembramento, uma vez que a *gleba* nua ou indivisa pode receber unicamente construções com finalidade rural típica ou, no máximo, agroindustrial. Na expressão da doutrina:

O parcelamento do solo para fins urbanos transforma glebas rurais em lotes urbanos edificáveis. (...) Cumpridas as exigências, o direito de construir incorpora-se ao terreno, que passa a ser qualificado de “lote”. Tanto é assim que o lote é considerado pela lei terreno *destinado a edificação*, em oposição à gleba, que é inedificável. A restrição à edificabilidade das glebas é a técnica empregada pelo direito urbanístico para impedir a ocupação de áreas ainda não dotadas de infra-estrutura. A caracterização de um terreno como lote pressupõe que ele já está apto a ser ocupado, por dispor da infra-estrutura adequada.¹⁰

Por fim, vale observar que o Centro de Apoio Operacional já manifestou entendimento, na Consulta n. 49/2013, no sentido de que, diante do vazio normativo (ausência de legislação sobre parcelamento, uso ou ocupação do solo urbano), não poderá o Município autorizar quaisquer transformações radicais do espaço urbano, sejam elas

⁸ PINTO, V. C. Op. cit., p. 247-248.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 334.

¹⁰ PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico – Plano Diretor e Direito de Propriedade*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 299.

novos loteamentos, sejam edificações *fora do padrão médio de urbanização da região*, conforme a tese da *vinculação situacional*, importada da doutrina alemã.

3. O processo de licenciamento urbanístico-ambiental

O modelo tradicional de licenciamento urbanístico adapta-se bem a determinadas tipologias de edificação, como as de uso residencial. O procedimento corrente, após a concessão da licença para construir, implica tanto em *controle concomitante* (durante a execução da obra, com notificações e comunicações), quanto *controle sucessivo/repressivo (ex post factum)*, por meio de vistorias e, enfim, da expedição do “habite-se” (denominado Certificado de Vistoria e Conclusão de Obra, em Curitiba), ou seja, de permissão para ocupação do edifício, estando este de acordo com os termos da licença original. Havendo descompasso, necessária sua adequação.

Nada obstante, grande parte das construções nos centros urbanos destina-se a finalidades próprias, tais como estabelecimentos comerciais e de recreação, dos mais diversos portes. Nesses casos, para além da aprovação do projeto do edifício em si mesmo – e, em geral, somente depois de concluído este –, é necessário proceder-se ao licenciamento das atividades que nele serão levadas a cabo, potencialmente mais impactantes no meio ambiente urbano do que a própria atividade construtiva. Tais licenças são comumente denominadas “comerciais”, “industriais”, “alvará de localização” ou ainda “de funcionamento” e integram também uma apreciação sobre os *usos* permitidos, proibidos e permissíveis/tolerados em cada zona da cidade. A classificação engendrada por Hely Lopes Meirelles¹¹ é útil neste quesito:

- a) usos conformes ou permitidos: exercê-los é *direito subjetivo* do particular, assim como ampliar o estabelecimento/construção;
- b) usos desconformes ou proibidos: os usos incompatíveis com o zoneamento podem ser sumariamente impedidos a não ser que haja *pré-ocupação* em relação à legislação restritiva, caso em que poderá o mesmo seguir funcionando, uma vez iniciado, mas não poderá ser ampliado;
- c) usos tolerados ou permissíveis: dependem de *autorização* do órgão competente no Município, decorrendo de mera liberalidade precária.

A questão tem batido à porta da magistratura. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, assentou a hermenêutica de que “uso desconforme é aquele que se mostra contrário ao Plano Diretor e, sem que ocorra hipótese de pré-ocupação, autoriza o Município a negar alvará de funcionamento e, se já concedido, de

¹¹ MEIRELLES, H. L. Op. cit., p. 525-526.

ofício anulá-lo. Não se configura pré-ocupação se, no momento da entrada em vigor da nova lei, não havia uso conforme a ser garantido e, sim, o uso se dera no passado e, na hipótese, há quase dez anos. Concomitância não comprovada” (RJTJRS 161:411).

Conforme narra Pedro Tavares Maluf, na vertente do direito comparado, a concessão das licenças urbanísticas pode ir além, analisando, no caso do ordenamento português, ao menos desde a introdução do Decreto-Lei n. 61/1995, a coincidência do uso que se pretende fazer do solo com os diversos planos de ordenamento, inclusive os regionais, quando devem ser submetidos os pedidos à autoridade central para o chamado *juízo de compatibilidade*, que, porém, não feriria a repartição de poderes¹².

O volume de informações e a variedade de interferências provocadas no entorno e na urbe como um todo exige, não raro, Estudo de Impacto Ambiental e/ou Estudo de Impacto de Vizinhança. O primeiro pode ser regulamentado nos níveis estadual e municipal, ao passo que o segundo enquadra-se eminentemente na competência legislativa de interesse local e não é auto-aplicável, o que obstaculiza seu emprego pela inércia do legislador (a jurisprudência tem admitido regulamentação via decreto¹³)

É notória a insuficiência dos diagnósticos do chamado “meio socioeconômico” nos estudos de impacto ambiental, mormente nos que dizem respeito a grandes empreendimentos¹⁴. Isso, a despeito do art. 6º, I, ‘c’, da Resolução n. 01/1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente, que determina a inclusão dos aspectos culturais, históricos, urbanísticos, enfim, humanos (meio ambiente artificial), no licenciamento ambiental:

¹² MALUF, Pedro Tavares. *Licença edilícia e plano urbanístico no direito português*. In: DALLARI, Adilson Abreu e DI SARNO, Daniela Campos Libório (coords.) *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 405.

¹³ "ADMINISTRATIVO. HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. LIMITAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Prevendo o Decreto 040/05 do Município de Santa Maria que o funcionamento de estabelecimentos comerciais no horário da madrugada deve ser precedido de estudo de impacto de vizinhança, é dado ao Município, no exercício do seu poder de polícia, vedar o funcionamento de estabelecimento neste período se o estudo assim recomendar. 2. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO." (TJRS. Agravo de Instrumento nº 70.014.612.550, Quarta Câmara Cível, Relator Des. Araken de Assis, julgado em 28/06/2006).

¹⁴ Inúmeros trabalhos acadêmicos têm chamado atenção para este viés. Sandra Cureau, Subprocuradora-Geral da República e coordenadora da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (Meio Ambiente e Patrimônio Cultural), conclui, entre outras coisas, que: “(...) 5. Devido ao grau de participação social ainda insuficiente e à deficiência dos estudos sobre o chamado meio sociocultural, as condições socioambientais e econômicas não estão sendo repostas, em muitos casos, de modo a permitir a reprodução do meio e do modo de vida dessas populações; 6. os estudos ambientais são insuficientes e falhos. Para a questão social, é fundamental que, além das metodologias quantitativas, sejam empregados métodos qualitativos e participativos; 7. como os diagnósticos têm sido falhos, a identificação e a avaliação de impactos socioculturais também têm sido deficientes e as propostas de medidas mitigadoras insuficientes (...)” (CUREAU, Sandra. *A deficiência de avaliação do chamado meio sociocultural, nos estudos de impacto ambiental, e suas conseqüências para as comunidades afetadas pelas grandes obras*. In: GALLI, Alessandra (coord.) *Direito Socioambiental*. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2010, p. 394).

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

Por esta razão, trouxe o Estatuto da Cidade o instrumento do Estudo de Impacto de Vizinhança¹⁵, expressamente autônomo em relação ao EIA-RIMA, embora não haja impedimento para que ambos sejam realizados simultânea ou paralelamente. Ao contrário, a tendência vai no sentido da sua conjugação num processo único de licenciamento urbanístico-ambiental:

A rigor, o segundo [Estudo de Impacto de Vizinhança] nem seria necessário, pois o Estudo de Impacto Ambiental obviamente se refere também ao meio ambiente urbano. Talvez a criação do segundo se deva ao costume ou ao preconceito no sentido de tomar a expressão “meio ambiente” como abrangendo apenas o ambiente natural, os recursos naturais, tais como florestas, águas, montanhas, etc. Na verdade, o meio ambiente a ser preservado abrange tanto os bens naturais como os bens culturais. O que deve variar, diante do caso concreto, é a forma, a metodologia, de realização do estudo, que será sempre um Estudo de Impacto Ambiental.¹⁶

¹⁵ Art. 36. *Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.*

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões: I – adensamento populacional; II – equipamentos urbanos e comunitários; III – uso e ocupação do solo; IV – valorização imobiliária; V – geração de tráfego e demanda por transporte público; VI – ventilação e iluminação; VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

Art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.

¹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. *Instrumentos da Política Urbana*. In: *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84-85.

À divergência sobre a competência *ratione materiae* agregam-se as disputas entre instâncias federativas, havendo quem, como Edis Milaré¹⁷ pugne pela possibilidade de pluralidade de licenciamento em paralelo. Malgrado a escassez de jurisprudência sobre o tema e a resistência dos organismos de proteção ambiental em considerar a dimensão urbanística dos referidos impactos, o art. 10, §1º da Resolução CONAMA n. 237/1997¹⁸ obriga os Municípios a apresentar aos entes estaduais ou federais competentes para o licenciamento declaração de conformidade do empreendimento com a legislação local de uso e ocupação do solo:

Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:

§ 1º - No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.

Nos Estados Unidos da América, berço do EIA-RIMA, caso paradigmático foi apreciado pela *Court of Appeals of New York* no ano de 1986. A Associação de Trabalhadores e Empregados Chineses ajuizou demanda contra o Município (*City of New York*), alegando que as alterações no planejamento urbano da região de *Chinatown*, desconsideraram que a introdução de condomínios de luxo aceleraria a retirada de residentes e comerciantes e alteraria em demasia as características da comunidade local. A ré respondeu que não havia previsão legal explícita de necessidade de estudo sobre impacto social ou econômico em Manhattan. Ao final, o tribunal decidiu que “os padrões existentes de concentração, distribuição ou crescimento da população e as características da comunidade ou vizinhança, bem como o potencial deslocamento, em longo termo, de residentes e comerciantes, **são condições físicas que necessariamente devem ser consideradas pela agência quando da análise do potencial do projeto em causar efeitos significativos no ambiente**”¹⁹.

¹⁷ MILARÉ, Edis. *Direito do Meio Ambiente*, p. 320.

¹⁸ Além de repassar-lhes a competência licenciatória, em determinadas hipóteses, como de edificação: “Art. 6º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.”

¹⁹ *Cinese Staff and Workers Association v. City of New York*, 68 N.Y.2d 359,363 (1986). Conferir: BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. *Estudo de Impacto Ambiental (EIV) e Estudo de Impacto de Vizinhança*. In: AHMED, Flávio (org.). *Cidades Sustentáveis no Brasil e sua Tutela Jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 78.

No tocante ao EIV propriamente, a doutrina brasileira indica que, à semelhança de seu congêneres ambiental²⁰, sua elaboração e dados não suprimem inteiramente o juízo de conveniência e oportunidade do administrador, já que oferece alternativas diversas a serem por ele avaliadas, na sua correlação custo-benefício. Todavia, estabelece um grau a mais de exigência, recaindo não sobre o conteúdo da decisão pública em si, mas sobre sua motivação, sua *reserva de consistência*. O agente decisório poderá adotar uma das várias soluções fornecidas pelo EIV, porém deverá fundamentar tecnicamente a escolha, além de submetê-la ao crivo da população, via audiências públicas e outras formas de gestão democrática:

A participação popular, ao lado do EIV, também serve como elemento limitador da discricionariedade administrativa, podendo vincular absoluta ou relativamente a vontade do administrador público aos resultados proferidos na discussão pública.²¹

Se o resultado das audiências públicas não atrela cabalmente a Administração, serve para *interpretar e direcionar* os resultados do estudo de impacto e pode subsidiar, inclusive, o gestor com elementos embaixadores da negativa do alvará para a atividade potencialmente lesiva, cuja concessão, classicamente, seria ato vinculado. Auxilia, assim, o Município a adentrar no *mérito técnico* da questão, ampliando sua margem de apreciação para além dos aspectos formais da *licença*, quase como se *autorização*, de fato, fosse.

Dada a quantidade de órgãos intervenientes nos processos de licenciamento (em Curitiba, a título de exemplo, participam de qualquer licenciamento de atividades comerciais as Secretarias de Urbanismo, Meio Ambiente, Finanças e Saúde, através da Vigilância Sanitária, afora as instituições estaduais), é constante a discrepância de prazos e exigências, dilatando o fluxo para regularização dos estabelecimentos e dificultando sobremaneira a fiscalização posterior e expondo a risco a coletividade²².

Por sua vez, é de fácil observação que os gargalos normativos e a deficiência do devido processo administrativo, nesta vertente, resulta amiúde em decisões judiciais

²⁰ “A não vinculatividade do Poder Público deve-se ao fato de que o EIA não oferece uma resposta objetiva e simples acerca dos prejuízos ambientais que uma determinada obra ou atividade possa causar” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. P. 212)

²¹ MENCIO, Mariana. *A influência do Estudo de Impacto de Vizinhança na expedição da licença urbanística para construção de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente urbano*. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca et alli. *Estudos de Direito Urbanístico*. Vol 1. São Paulo: Editor Cetras Jurídicas, 2006, p. 88.

²² A conclusão a que chegou a investigação promovida pelo Ministério Público do Estado do rio Grande do Sul, por exemplo, sobre a tragédia ocorrida na Boate Kiss, em Santa Maria, foi exatamente a existência de falhas reiteradas no processo de licenciamento, especialmente aquele conduzido pelo Corpo de Bombeiros, tendo acionado quatro agentes desta corporação por improbidade administrativa: <http://www.mprs.mp.br/imprensa/noticias/id32554.html?impressao=1>

contrárias à defesa ordem urbanística, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e do direito adquirido.

Nem por outra razão, por ocasião do 1º Congresso de Habitação e Urbanismo do Ministério Público do Estado de São Paulo, realizado no Município de Amaro/SP, em 2003, foi aprovada a Tese nº 9, inserida no tema "*Ministério Público e a Defesa da Ordem Urbanística: uma visão a partir do Estatuto da Cidade*", pelo Dr. Antônio Alberto Machado, de seguinte teor:

9 - O Ministério Público, na defesa da sustentabilidade urbana, poderá promover ação civil pública, *na forma da lei municipal a que se refere o art. 36 do Estatuto da Cidade* ou da legislação ambiental pertinente, a fim de condenar o interessado na obrigação de elaborar Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV) e/ou de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), quando o mesmo for realizar empreendimento ou atividades que dependam de tais estudos prévios, tal como exigido pelos artigos 36 a 38 do Estatuto da Cidade.

4. Conflitos de direito intertemporal

Encerrado o processo de licenciamento, resta ao Município, em primeiro plano, o dever de fiscalizar futuras alterações no uso e ocupação do solo e nas atividades desenvolvidas nas edificações. Nesse mister, impera o princípio do *tempus regit actum*, sendo essencial avaliar o momento em que a licença (de construção ou de funcionamento) foi expedida e o grau de urbanização/consolidação da situação fática em jogo, antes da adoção de quaisquer medidas, sejam elas regularizadoras ou sancionadoras.

Os conflitos dessa espécie, em geral, apresentam tintura intertemporal, qual ocorre com a superveniência de legislação contrária aos termos do alvará expedido (seja em relação à obra em si, seja em relação ao zoneamento da região), ou quando da emergência de posterior projeto de intervenção urbanística de interesse público (alargamento de vias, por exemplo). O déficit de planejamento municipal, associado às mudanças sumárias das normativas urbanísticas, acarreta em sérios problemas dessa ordem, o que é elucidado por Toshio Mukai da seguinte maneira:

A questão mais aguda neste aspecto configura-se do seguinte modo: uma lei que venha a modificar o zoneamento existente pode encontrar alguém que, tendo obtido alvará de construção ao tempo da lei anterior, tenha iniciado a construção antes do advento da nova lei; supondo-se que a alteração promovida pela lei nova implique a mudança da zona, ainda assim, nessa hipótese, haverá direito adquirido do proprietário de levantar sua construção até o final. Esse o entendimento do STF no que diz respeito ao assunto. Contudo, ainda nessa mesma hipótese, se a obra ainda não tiver sido iniciada,

quando do advento da nova lei, o alvará poderá ser cassado, indenizando-se as despesas efetivamente realizadas com o projeto da obra ou decorrentes da obtenção do alvará. Essa também a orientação do STF sobre o assunto.²³

Enquanto o ato jurídico de autorização de parcelamento do solo se aperfeiçoa com o registro imobiliário²⁴, o direito de construir integra definitivamente o patrimônio do particular (*direito adquirido*) somente com os atos executórios fáticos, ou seja, com os marcos iniciais da obra em si. E os precedentes diversos homenageiam o primado da segurança jurídica:

EMENTA: Licença de construção – Revogação. Fere o direito adquirido a revogação de licença de construção por motivo de conveniência, quando a obra já foi iniciada. Em tais casos, não se atingem apenas faculdades jurídicas – o denominado ‘direito de construir’ – que integram o conteúdo do direito de propriedade, mas se viola o direito de propriedade que o dono do solo adquiriu com relação ao que já foi construído, com base na autorização válida do Poder Público. Há, portanto, em tais hipóteses, inequívoco direito adquirido, nos termos da Súmula 473 (STF. RE 85.002-SP. Rel. Min. Moreira Alves. RTJ 79/1016).

EMENTA: Direito de construir - Mera faculdade do proprietário, cujo exercício depende de autorização do Estado - Inexistência de direito adquirido à edificação anteriormente licenciada, mas nem sequer iniciada, se supervenientemente foram editadas regras novas, de ordem pública, alterando o gabarito para construção no local.

(...) a licença anteriormente concedida não está imune à superveniência de regras novas editadas no interesse público, alterando o gabarito para a construção no local (STF. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 135.464-0/RJ. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgamento: 05 de maio de 1992)

²³ MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 3ª edição. Belo Horizonte: editora Fórum, 2006, p. 346.

²⁴ “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA PELO OFICIAL. LOTEAMENTO. REGISTRO DE PARCELAMENTO. APROVAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO. ATO JURÍDICO PERFEITO. DIREITO ADQUIRIDO. I – O ato de aprovação, pelo chefe do Poder Executivo Municipal, de pedido de parcelamento de solo urbano para fins de loteamento, não materializa ato jurídico perfeito, pois o ato administrativo ‘aprovação’ tem natureza discricionária e precária, podendo ser revisto pela administração a qualquer tempo, quando não materializado o ato que se pretendia efetuar. II - Ainda que a legislação vigente à época não prescrevesse prazo para o competente registro (Decreto Lei nº 58/37), a partir da edição da disposição normativa que previu tal formalidade, esta passou a ser exigível dentro do prazo ali estabelecido. Extrapolado tal lapso temporal, não têm os interessados o direito incontestado de inscrever o referido empreendimento no registro público a qualquer tempo, pois tal providência poderia, em última análise, inclusive, vir a macular princípios basilares da Administração, além do ordenamento legal vigente com relação ao parcelamento urbano e leis ambientais ligados a interesses coletivos da mais variada espécie. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO” (STF. AI 738125 GO. Relator: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 10/09/2013, fls. 365/366).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁵ tem-se atualizado na mesma toada, ainda que sobrevivendo a restrição de instância federativa diversa. Em não se havendo dado início à obra, possível a sua interdição:

Administrativo. Licença para construir deferida pela autoridade municipal. Restrição superveniente da legislação estadual. Obra ainda não iniciada. Se a obra ainda não foi iniciada, a restrição é válida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial não conhecido (STJ – Segunda turma. Resp. n. 103.298/PR. Rel. Min. Ari Pargendler. Data do Julgamento: 17.11.1998).

Se a mutação legal superveniente não tem o condão de atingir as licenças anteriores exaradas legitimamente, muito menos surtirá efeito a alteração da posição dos tribunais ou da orientação da própria gestão municipal sobre matéria correlata: “a alteração de jurisprudência administrativa não atinge os atos administrativos já praticados”²⁶, o que se confirma em recente aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. TERCEIRO. CABIMENTO. SÚMULA Nº 202 DO STJ. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECLARANDO NULAS AS LEIS MUNICIPAIS Nºs.5389/2010 E 5.391/2010, QUE ALTERARAM A LEI Nº 3.253/1992, QUE DISPÕE SOBRE O ZONEAMENTO, PARCELAMENTO, USO E OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO DO MUNICÍPIO DE SÃO LUIS, POR AUSÊNCIA DE ESTUDOS TÉCNICOS, DE PUBLICIDADE, DE TRANSPARÊNCIA E DE PARTICIPAÇÃO POPULAR EM SEUS PROCESSOS LEGISLATIVOS, RECONHECENDO INCIDENTALMENTE OFENSA À CF, E CONTRARIEDADE AO ESTATUTO DA CIDADE (LEI FEDERAL Nº 10.257/2001) E À LEI MUNICIPAL Nº 4.669/2006, QUE DISCIPLINA O PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO DE SÃO LUIS. LEIS DE EFEITOS CONCRETOS. ALEGAÇÃO DE INADEQUAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA QUE AFETA A ESFERA JURÍDICA DE TERCEIROS, DECLARANDO NULOS OS ATOS PRATICADOS SOB A ÉGIDE DAS DITAS LEIS, ALCANÇANDO OS ALVARÁS

²⁵ Quanto às demais Cortes de Justiça: “subsiste a licença de estabelecimento comercial dada anteriormente à declaração de zona residencial” (48 RDA 114:287). Da mesma forma, no Tribunal Bandeirante: “EMENTA: Zoneamento - Estabelecimento industrial para exploração de pedreira regularmente licenciado pela municipalidade - Lei posterior do Município alterando o zoneamento da cidade - Não pode o Poder Público, ‘manu militari’, interromper o funcionamento de estabelecimento industrial, regularmente licenciado de acordo com os usos conformes, sob pena de se ferir direito adquirido (...) não há dúvida de que o interesse público deve prevalecer sobre o particular, mas também é manifesto que aquele não pode ser sacrificar, arbitrariamente, o direito do particular (...) se a Prefeitura pretender a imediata cessação de qualquer atividade desconforme, mas com pré-ocupação da zona, deverá indenizar cabalmente o seu exercente, amigavelmente ou mediante desapropriação” (RT 548:232 e ss.).

²⁶ SILVA, Carlos Medeiros. *Parecer: ‘Licença para Construir – Ato Administrativo – Revogação – Ilegalidade e Inoportunidade – Modificação da Jurisprudência Administrativa – Respeito às Situações Constituídas’*. RDA, 109, p. 269.

DE CONSTRUÇÃO JÁ CONCEDIDOS ÀS EMPRESAS CONSTRUTORAS COM OBRAS EM ANDAMENTO E A COMERCIALIZAÇÃO DE IMÓVEIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. (TJMA. Câmaras Cíveis Reunidas. Mandado de Segurança n. 29167/2012. Relator: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto. Julgamento: 05 de abril de 2013).

Pode-se afirmar que a previsão *in abstracto* da legislação de uso e ocupação do solo sobre um determinado terreno gera *legítima pretensão* do particular de explorar o potencial edificatório (*direito de construir*) ou as atividades (*direito de livre iniciativa*) nela estabelecidos, conquanto apenas a licença fixará *in concreto* tais potencialidade, tornados atos juridicamente perfeitos e acobertados pelo direito adquirido a partir de seu efetivo exercício (início da obra ou do funcionamento do estabelecimento).

No que toca à revisão voluntária das licenças conferidas pela Administração Pública, a doutrina reconhece importante distinção entre *anulação* e *revogação*. Dado o caráter vinculado das licenças urbanísticas, “sua outorga com infringência de exigências legais lhes imputa vício de *legalidade*, que as torna *inválidas* – invalidade de que a Administração poderá conhecer de ofício, a fim de rever seu ato, com sua anulação”²⁷. De outra sorte, “a revogação é ato de controle do mérito. Dar-se-á quando sobrevier motivo de interesse público que desaconselhe a realização da obra licenciada, tal como: a) *mudança das circunstâncias* (...) b) *adoção de novos critérios de apreciação* (...) c) *erro na sua outorga*”²⁸. Da figura do erro de outorga, contudo, não se infere *erro de direito*, mas sim, equívoco de natureza técnica, imputável ao agente público avaliador do projeto. Por conseguinte, somente “a *revogação* que gerar prejuízo para o titular da licença provocará a obrigação de indenizá-lo por parte da Administração”²⁹. Entre outras variáveis, despesas realizadas com a obra e o projeto da construção poderão indicar a extensão do dano material do particular.

Sobre as demais *fatispecie* para extinção das licenças urbanísticas, avultam: a) caducidade por inércia do particular (não execução em prazo hábil) e b) a cassação por execução em desacordo com o alvará.

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

²⁷ SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 448.

²⁸ SILVA, *Idem*, p. 449.

²⁹ SILVA, J. A. *Idem*, p. 450.

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”³⁰:

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.³¹

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 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

³⁰ MUKAI, Toshio. Op. cit., p. 389.

³¹ MUKAI, T. Idem, ibidem.

judicial³². 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”³³. 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 (...) ³⁴

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 diretores 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 legitimidade³⁵. 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*

³² “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).

³³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 688.

³⁴ MUKAI, T. Op. cit., p. 390.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 26-28.

- 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.³⁶

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”³⁷.

Em situações excepcionais, contudo, há que se reconhecer o influxo da *teoria do fato consumado*, na vertente da *estabilização dos efeitos dos atos viciados*³⁸. 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

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem*, p. 33.

³⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 485.

³⁸ “(...) 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).

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 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 (quicá 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.