

A licença para construir como instrumento de controle urbanístico

Renata Peixoto *

O Poder Público, na defesa dos interesses coletivos, pode e deve condicionar o uso da propriedade privada e regulamentar as atividades particulares que afetem a comunidade, com vistas a proporcionar o bem estar geral.

Constitucionalmente, o tratamento conferido à propriedade é o seguinte: o art. 5º, inciso XXII garante o direito de propriedade como um direito individual, ao mesmo tempo em que dispõe, no inciso seguinte (XXIII), que ela atenderá a sua função social.

A Constituição, ao consagrar a função social da propriedade, positiva um princípio geral de direito, inerente a qualquer sociedade, e que, no dizer do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, é a própria condição de sua existência, qual seja, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Hoje, a propriedade não constitui mais um conceito individualista, onde a vontade do proprietário é soberana, devendo ser utilizada em benefício da sociedade.

O mandamento constitucional, sem suprimir o direito subjetivo do proprietário, confere-lhe também um dever. Além de usar, gozar e dispor do objeto de sua propriedade de modo a alcançar interesses próprios, o proprietário deve fazê-lo de maneira que satisfaça, também, os interesses de toda a coletividade, da qual é integrante. Note-se que o particular reúne um poder, que possibilita o exercício de seu direito subjetivo, garantido pela Constituição, mas também um dever, no exercício deste mesmo direito. O proprietário, em virtude do princípio em questão, poderá ser tolhido na sua faculdade de exercitar, exclusivamente ao seu modo, qualquer dos direitos inerentes à sua condição de dono (usar, gozar e dispor). O Poder Público poderá estabelecer condições, limites, para o exercício dessas faculdades, além de poder constituir o particular em obrigações de fazer, para atender aos interesses da coletividade.

As limitações urbanísticas, espécie do gênero limitações administrativas, são as imposições legais destinadas, especificamente, a organizar os espaços habitáveis, através da regulação do uso do solo e das construções. Traduzem-se em normas de salubridade, conforto, segurança, funcionalidade e estética para a cidade ordenando o traçado urbano, as obras públicas e as edificações particulares.

Torna-se necessário, no entanto, que seja verificado o cumprimento das normas impostas pelos seus destinatários. Tal atividade é exercida pela Administração através dos instrumentos de controle urbanístico, nos quais se inserem as licenças.

As licenças urbanísticas são, portanto, instrumentos colocados à disposição do Estado para outorgar efetividade as limitações administrativas.

Ressalte-se que a atividade edilícia é regulada por dois tipos de normas: normas definidoras de controle técnico das construções e normas de controle urbano da atividade construtiva. As primeiras regulam as construções individualmente consideradas e se propõem a assegurar a correspondência com as exigências de higiene, segurança, estética. As segundas têm em mira a construção, porém como parte de um conjunto. São medidas que visam realizar a adequação da atividade construtiva dos particulares ao modelo de assentamento urbano previsto para cada zona ou área.

NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA

Para a maioria da doutrina a licença para construir significa a remoção de obstáculo para o exercício de um direito. Após o atendimento às exigências previstas nas normas urbanísticas, remove-se barreira imposta ao particular no que diz respeito à edificação em terreno de sua propriedade.

Porém a licença para edificar constitui mais que simples remoção de obstáculos, constitui técnica de intervenção nas faculdades de edificar, com o objetivo de controlar e condicionar o uso da propriedade. Através do controle das construções é determinado o aspecto da cidade e condicionado o comportamento dos seus habitantes.

Quanto à classificação em ato declaratório ou constitutivo, acompanhamos as lições do professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello quando classifica a licença para edificar como ato administrativo da categoria dos atos constitutivos-formais, uma vez que consiste em declaração recognitiva de Direito, de asseguramento da situação jurídica. Esta categoria de atos enseja o desfrute de situações preexistentes.

A licença é ato administrativo vinculado, tendo em vista que o cumprimento, por parte do interessado das exigências acima referidas, condiciona a atuação do Poder Público à outorga da licença.

PRINCÍPIOS

As licenças edilícias são informadas por alguns **princípios gerais**:

a) necessidade – o interessado é obrigado a requerê-las nos casos em que o exercício da atividade as exija. Ela é indispensável, insubstituível, não podendo a Administração dispensá-las nem substituí-las por outra exigência ou compensação.

b) caráter vinculado – não pode ser negada quando o requerente demonstra ter preenchido todas as exigências e requisitos previstos em lei.

c) transferibilidade- transmite-se automaticamente aos sucessores com a só alienação do imóvel

d) autonomia - não tem efeito no que tange às relações privadas do requerente. A outorga da licença não prejudica questões de domínio, nem prejudica direito de terceiros. As questões de domínio são questões civis e não é de sua competência.

PROCEDIMENTO DE OUTORGA DA LICENÇA

O procedimento para obtenção da licença para edificar pode ser subdividido em três fases distintas, quais sejam, a postulatória, a de apreciação do pedido e a decisória.

O administrado que tenha a intenção de construir dentro dos limites territoriais de cada município deverá protocolar o seu requerimento perante o órgão municipal competente, constando a identificação da gleba que pretende utilizar e a destinação que será dada à edificação, acompanhado dos documentos exigidos pela legislação local, que, geralmente, compreendem título de propriedade do imóvel ou compromisso de compra e venda, memorial descritivo da obra e peças gráficas (plantas), apresentadas conforme modelo adotado pela Administração. Ressalte-se que não cabe à entidade indagar a regularidade dominial, mas certamente lhe incumbe exigir a apresentação de um título que habilite o requerente a construir no terreno. Eis a fase postulatória.

Obs. Na legislação municipal de Salvador exige-se a escritura do terreno e a autorização do proprietário se o requerente não for o dono. É pedido também a especificação do material a ser utilizado, pois isto vai determinar o preço da taxa cobrada pelo alvará. Aqui vale lembrar que a licença é o conteúdo e o alvará é a forma através da qual é concedida a licença.

Após protocolado o requerimento, inicia-se a fase de apreciação do pedido, na qual será analisada a conformidade do projeto apresentado com as exigências da legislação edilícia e urbanística. Nesta etapa, a Administração pode solicitar ao requerente informações necessárias à formação do seu juízo técnico ou ser chamada através de comunicados (convite) para sanar pequenas deficiências no projeto dentro de determinado prazo.

O Poder Público pode ainda comunicar ao administrado pequenas falhas existentes para que sejam por ele sanadas, dentro de determinado prazo.

O procedimento de outorga chega ao fim com a decisão da autoridade competente, que pode deferir ou indeferir o pleito do interessado. Estando preenchidos todos os requisitos legais, porém, a Administração tem o dever de conceder a licença, tendo em vista o caráter vinculado deste ato administrativo, conforme salientado anteriormente.

A decisão da autoridade administrativa deverá ser motivada, mormente se tratando de indeferimento do pedido. Através da motivação, requisito formalístico do ato, segundo classifica o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o agente público demonstrará os fatos e as regras de direito nas quais se baseou para decidir. Ressalte-se que não basta citar o dispositivo legal que lhe serviu de fundamento, devendo ficar transparente a “causa”¹ do ato administrativo.

O ilustre jurista José Afonso da Silva, alerta para a possibilidade dos Municípios incluírem em sua legislação norma que disponha sobre a liberação da licença, sob a condição do requerente assumir o encargo adicional com o serviço público, que a sua atividade vai gerar. Tal exigência encontra fundamento no princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística.

O SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO.

Submetido o pedido de licença à apreciação da Administração, pode ocorrer que esta permaneça silente.

Segundo ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O silêncio não é ato jurídico. Por isto, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um ‘fato jurídico’ e in casu, um ‘fato jurídico administrativo’. Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como imputação legal, e não de algum presumido ato, razão porque de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um *ato tácito*.”

Algumas legislações conferem efeitos jurídicos ao fato da Administração não se manifestar. Ressalte-se que a hipótese da legislação conferir o efeito do deferimento do pedido, pode acarretar um grande prejuízo à coletividade, uma vez que projetos em descompasso com as prescrições edilícias e urbanísticas passam a ser aprovados. Diante de tal inconveniência, o eminente jurista José Afonso da Silva afirma que o silêncio positivo não pode ser absoluto, devendo ser condicionado à observância de todas as disposições legais a respeito da matéria.

Entendemos, entretanto, que, não havendo atribuição de efeitos jurídicos ao silêncio, a Administração tem o dever de pronunciar-se a respeito de pedidos dos administrados, em decorrência do direito de petição, constitucionalmente garantido. (art. 5º, XXXIV, “a” da CF/88). A característica da bilateralidade atributiva do direito aponta para a necessidade de que a cada direito corresponda um dever. Portanto, se o administrado tem o direito de requerer, o Poder Público tem o dever de responder.

¹ A causa, segundo o aludido professor, é a relação entre os pressupostos de fato e o conteúdo do ato, em vista da finalidade que a lei lhe assegurou como própria.

A omissão da Administração pode ainda acarretar a obrigação de reparar os danos sofridos pelo requerente que não obteve uma decisão, de acordo com o art. 37, § 6º, da CF/88.

CADUCIDADE DA LICENÇA

Ocorre a caducidade da licença pelo transcurso do prazo sem que o beneficiário exerça o seu direito de construir, nos termos em que foi concedida a licença.

As legislações municipais estabelecem um prazo, dentro do qual deverá ser iniciada a construção. Após o esgotamento deste, se o particular quiser executar a obra licenciada, terá que requerer nova licença.

Problema prático a ser resolvido consiste na determinação do momento em que se inicia a construção. Isto porque, não raramente, para que seja afastada a caducidade, o beneficiário da licença realiza pequenos atos como a compra de material, limpeza do terreno, aterro etc. e, posteriormente, permanece com a obra paralisada por um longo tempo. A consequência desta atitude é que um projeto licenciado, atualmente, quando vier a se tornar uma edificação, poderá encontrar situação urbanística e ambiental completamente modificada e incompatível com a sua existência.

A legislação municipal de Salvador estabelece o prazo de dois anos para começar a obra e o prazo de quatro anos, estando iniciada a obra. Antes de findo o prazo do alvará, poderá a parte pedir renovação.

Para que o administrado não seja prejudicado por motivos alheios a sua vontade o ordenamento jurídico italiano dispõe, ainda, que, na hipótese do interessado ficar impossibilitado juridicamente de utilizar a licença, o prazo para a conclusão das obras só começa a fluir no momento em que o interessado puder iniciá-la.

REVOGAÇÃO DA LICENÇA

A revogação é conceituada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello como a “extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência ou oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes”.

O fundamento da revogação é, portanto, a competência discricionária para recair sobre situação regulada anteriormente. Quanto aos seus efeitos, voltam-se para o futuro, ou seja, extingue-se o que foi determinado sem ofensa aos efeitos passados. Isto quer dizer que a eficácia do ato revogador é *ex nunc*.

Partindo-se da afirmação de que os atos administrativos passíveis de revogação são aqueles inseridos na competência discricionária da Administração, chegaríamos à conclusão de que a licença, ato administrativo vinculado, não poderia ser revogada. Não é outro o entendimento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello quando afirma que:

“É fundamental salientar que deve tratar-se de uma competência discricionária, isto é, que confira ao agente poder jurídico para resolver, no momento em que revoga, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade. Com efeito, se houvera vinculação atual, o decidido pelo ato anterior seria ainda na atualidade a única decisão legal possível. Então, descaberia modificar o decidido ou eliminar o que tinha e tem que existir em decorrência da imposição da lei, sob pena de ofendê-la, caso em que a revogação seria ilegítima”

Não podemos, no entanto, afastar a idéia de que, após concedida uma licença para construir válida, motivos supervenientes façam como que a execução da obra seja inoportuna. Tal situação ocorre, comumente, na prática. Após a expedição da licença, resolve a Prefeitura alargar a via pública ou realizar qualquer outra modificação no traçado urbano que impeça a construção nos moldes aprovados. Há ainda a possibilidade de alteração na legislação apontando para novas exigências ou limitações. Nestes casos, deparamo-nos com a situação em que não pode o particular manter situações prejudiciais ao interesse público, bem como não é lícito à Administração suprimir direitos e vantagens legitimamente adquiridos pelo particular.

Para alguns doutrinadores, a solução estaria mesmo na revogação. José Afonso da Silva entende que esta espécie de retirada do ato administrativo pode ocorrer quando sobrevier motivo de interesse público que desaconselhe a realização da obra licenciada, traduzidas nas seguintes hipóteses:

“a) *mudança das circunstâncias*, seja por haver desaparecido as que motivaram sua outorga ou por sobrevirem outras que, se existissem antes, teriam justificado sua denegação; b) *adoção de novos critérios de apreciação*, em que a incompatibilidade da atividade licenciada deriva de uma modificação posterior que a Administração introduziu no ordenamento jurídico urbanístico, quer aprovando novo plano diretor, quer modificando o existente, com efeitos negativos para a manutenção da licença e do direito reconhecido ao particular com sua outorga; c) *erro na sua outorga*: o erro que supõe a equivocada apreciação de circunstâncias reais não é um erro de fato - que em todo momento poderia ser sanado pela Administração - mas um erro de classificação, de valoração, de interpretação, etc., quer dizer, uma erro de direito.”

Entendemos não ser esta a solução mais técnica, uma vez que a utilização da vocábulo “revogação” para as hipóteses acima descritas, ou seja, para a retirada de atos administrativos válidos, praticados no exercício de competência vinculada, estaria sendo utilizada com conotação diversa da, majoritariamente, acolhida pela doutrina.

O posicionamento dominante na doutrina, no entanto, é o de que se a Administração quiser revogar um ato vinculado para proteger determinado interesse público, essa revogação equivale à desapropriação do direito. O eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello comunga com este entendimento ao discorrer sobre o tema:

“A revogação quando legítima, de regra, não dá margem à indenização...Quando pelo contrário, inexistente o poder de revogar mas a Administração necessita, para atender a um interesse público, rever certa situação e afetar relação jurídica constituída, atingindo direito de alguém (não meras faculdades ou expectativas), a solução é expropriá-lo”.

Prossegue, ainda, o mencionado autor exemplificando o quanto exposto acima:

“Assim, depois de concedida regularmente uma licença para edificar e iniciada a construção a Administração não pode ‘revogar’ ou ‘cassar’ esta licença sob a alegação que mudou o interesse público ou de que alterou-se a legislação a respeito. Se o fizer, o Judiciário, em havendo pedido do interessado, deve anular o ato abusivo, pois cumpre à Administração expropriar o direito de construir naqueles termos.”²

Analisando a possibilidade de revogação da licença a professora Lúcia Valle Figueiredo chama a atenção para a diversidade de regimes jurídicos aplicáveis à expropriação de direito e à retirada da licença validamente concedida:

“Afirmo no Disciplina Urbanística da Propriedade, que emanada a licença para construir, não a impede superveniência de legislação, que modifique o zoneamento, por hipótese.

Continuo a afirmar que não a impede. Só que não mais digo que a supressão da licença se vier a ser necessária, constitua-se em autêntica expropriação. Explico o porquê. A expropriação é instituto próprio, com regime jurídico completamente diferenciado, com regime jurídico e indenização completamente diferenciados.

De conseguinte, parece-me difícil afirmar que a ablação da licença - e vamos usar este termo para não nos comprometer, quer com a revogação, quer com a expropriação do direito de construir - por superveniência de novas normas do zoneamento, só possa dar-se pelo procedimento da expropriação. Não faria sentido que, à luz de zoneamento novo, à luz de novos valores, se deve declarar a utilidade pública da licença. Entretanto, não se está a afirmar que a indenização não deva existir. Cada caso deverá ser examinado para se determinar o **quantum**, em regime jurídico de ressarcimento.”

A revogação por alteração dos critérios de apreciação é a autêntica revogação por motivo de oportunidade, uma vez que a licença foi outorgada em observância às normas legais vigentes, porém, passado o tempo, a Administração considera

² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*

inconveniente sua manutenção em atenção a critérios novos de apreciação. Os mencionados autores afirmam, ainda, que tais critérios devem decorrer de uma alteração do plano urbanístico, considerando o caráter vinculado e não discricionário das licenças.

O que podemos extrair dos entendimentos até aqui transcritos - pertinente ao tema tratado nesta monografia - é que, seja qual for a forma de supressão da licença válida, para atender interesses de ordenação do território, os doutrinadores convergem quanto ao reconhecimento do direito do particular à composição de todos os danos decorrentes do desfazimento do ato administrativo de que era legítimo beneficiário.

INVALIDAÇÃO DA LICENÇA

Segundo a lição do ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Melo a invalidação “é a supressão, com efeito retroativo, de uma ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica.”

Desta forma, se o ato administrativo é produzido em desobediência às disposições jurídicas pertinentes, em princípio, deverá ser eliminado do sistema, para que seja restaurada a legalidade.

Os efeitos da invalidação, como se depreende do próprio conceito, consistem em restabelecer o *statu quo ante*, negando-se as consequências produzidas pela expedição do ato administrativo desde o início da sua existência, ou seja, possui efeitos *ex tunc*.

Numa análise superficial, chegaríamos então à conclusão de que, se um ato de concessão de licença para edificar, espécie do gênero “ato administrativo” no exercício de competência vinculada, for concedido em desconformidade com as prescrições jurídicas, deve ser considerado inválido, bem como todos os atos que tenham como fundamento o ato viciado.

Ocorre que, se teoricamente os efeitos da invalidação estão em perfeita harmonia com o dever de obediência à legalidade, por parte da Administração, no mundo dos fatos, atos foram praticados e situações foram geradas que não podem ser desconsideradas, uma vez protegidas por princípios também de índole constitucional, bem como por princípios gerais do direito.

Devemos ressaltar que todos atos administrativos têm como atributo a presunção de legitimidade, o que os torna válidos, até prova em contrário. Tal qualidade faz-se necessária para que a Administração Pública cumpra a sua função, dirigida para a realização dos interesses da coletividade, de maneira eficaz.

Assim, expedida a licença para edificar, nasce um ato presumidamente válido e que autoriza aos administrados exercerem o seu direito de construir, dentro de determinados limites.

A invalidação de tal ato por parte da Administração, a depender do momento em que seja levada a cabo, poderá causar danos aos administrados, que confiaram na legitimidade do ato praticado.

A Administração deverá, então, indenizar aqueles que efetivamente tenham suportado prejuízos pelo licenciamento indevido, tais como gastos com elaboração de projetos, aquisição de material de construção, execução da obra etc.

Esta responsabilidade decorre do art. 36, §6º, da CF/88 ao dispor que “pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Situações, porém, são criadas como consequência da prática de atos administrativos ilegais que merecem tratamento diverso, do anteriormente citado, como será demonstrado a seguir.

No Direito Privado é assente na doutrina que o ato nulo não convalesce, não sana e não convalida. No Direito Público, a supremacia do interesse público traz consigo a necessidade de tratamento diferenciado em relação a invalidade dos atos administrativos.

Partimos da premissa que no Estado de Direito, ao lado do princípio da legalidade, encontra-se o elemento da proteção da confiança e da boa-fé do administrado. Assim, os administrados confiam na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.

Não são raros os momentos, no entanto, em que, diante de um caso concreto, torna-se difícil decidir qual princípio deverá ser priorizado, para que seja realizada a Justiça: se o da legalidade da Administração ou o da segurança jurídica. O professor Almiro do Couto e Silva faz importante observação sobre o tema:

“A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos - qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchar - sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários”.

Para que o princípio da legalidade não seja sempre aplicado de forma absoluta, deve ser sempre lembrada a sua origem, qual seja, a necessidade da proteção dos indivíduos contra o Estado, que surgiu com as conquistas liberais alcançadas no fim do século XVIII e início do século XIX, e também como consequência de um exagerado interesse do Estado em manter íntegro o ordenamento jurídico.

Modernamente, a doutrina tem acolhido o entendimento de que o atos inválidos praticados pelo Poder Público, quando perduram por um longo tempo, gerando situações consolidadas, beneficiando administrados de boa-fé, convalidam e sanam. Porém isto não significa que a Administração tem o poder e não o dever de invalidar o ato. Trata-se de dever pois se a prática do ato inválido causar prejuízos a terceiros, dando azo a indenizações, com a consequente diminuição do patrimônio público, a autoridade a quem incumbiu a sua prática poderá ser responsabilizada.

Analisado o caso concreto, portanto, poderá o detentor da licença inválida, excepcionalmente ter a sua situação jurídica conservada, face o decurso do tempo e em homenagem ao princípio da boa-fé.

Disponível em: <http://www.direitofba.net/mensagem/renatapeixoto/dalicensaparaconstruir.doc>. Acesso em: 14 Set. 2006