LICENÇAS URBANÍSTICAS

LUCIA VALLE FIGUEIREDO*

1. Licença urbanística e intervenção estatal. 2. Espécies de licença urbanística. 3. Licença para loteamento. 4. Licença para construir. 5. Expropriação do direito de construir. 6. Caducidade e cassação da licença. 7. Remédios judiciais.

1. As licenças urbanísticas dimanam da intervenção administrativa na propriedade privada.

Tal intervenção tem, todavia, assento constitucional no art. 160, inciso III. Ei-lo:

"Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base nos seguintes princípios:

I — .....

II — .....

III — função social da propriedade;

....."

Impende, inicialmente, distinguir urbanismo de direito urbanístico, a fim de poder sediar o tema que nos cabe examinar.

Urbanismo difere de direito urbanístico. O primeiro, de maneira singela, é uma arte, uma ciência. A arte de tornar a vida urbana mais agradável.

De seu turno, o direito urbanístico refere-se às normas disciplinadoras da propriedade com as limitações atinentes à sua função social.

Se é verdade que o texto constitucional assegura, e assegura amplamente em seu art. 153, § 22[1], o direito de propriedade, o art. 160, inciso III, como já

* Professora Assistente, Doutora da PUC/SP; Procuradora do município de São Paulo.

[1] Dispõe o art. 153, § 22 da Constituição brasileira:

"Art. 153 .....

§ 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em

citado, refere-se expressamente à função social da propriedade como sendo um programa, uma meta para o Estado. Ademais, o art. 161[2] da Constituição também vai corporificar a função social da propriedade.

Disso decorre que as normas de direito urbanístico estão vocacionadas a dirigir a realização dessa função social.

Não cabe mais, no estágio atual do direito, a utilização da propriedade como conhecida no direito romano. Tal seja, como o direito de usar, dispor e abusar (*jus utendi, fruendi et abutendi*). Assim, a propriedade privada, em face das normas legais, não mais espelha o perfil delineado no antigo direito romano[3].

Por conseguinte, a função social da propriedade coloca-se como freio e contrapeso ao direito individual.

Destarte, as licenças urbanísticas estão diretamente ligadas ao problema da função social da propriedade.

Jesús Gonzáles Pérez[4] assim averba sobre a submissão à licença no direito urbanístico:

"El ejercicio de actividades reguladas por el ordenamiento urbanístico se ha sujetado tradicionalmente al control previo de la licencia. El ejercicio válido de la actividad se condicionaba a la previa verificación de la adecuación a la ordenación vigente y consiguiente concessión de licencia. Es cierto que se ha producido algún intento aislado de suprimir este control previo. Pero, por lo general, se mantiene su exigencia."

Visam, pois, as licenças urbanísticas a coartar o particular de proceder a utilizações inadequadas de sua propriedade, em dissonância com os direitos da coletividade.

Evidentemente, ao nos referirmos aos direitos da coletividade, implícita já está a assertiva da necessidade de existência de lei conformando ditos direitos.

Esta a diferença fundamental entre as normas de direito público e as normas de direito privado.

De conseguinte, a fim de que a administração possa constranger o particular, necessária será a existência de lei.

As licenças urbanísticas surgem, pois, como decorrência obrigatória das normas disciplinadoras do direito urbanístico.

2. Enumerando as licenças mais comuns, abrigadas no amplo tema licenças urbanísticas, temos:

a) licença para lotear disciplinada, a partir de dezembro de 1979, pela Lei n.º 6.766, a nova lei de loteamentos urbanos;

b) licença para edificar;

dinheiro, ressalvado o art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária (...)"

[2] O art. 161 trata da desapropriação para efeito de reforma agrária.

[3] Ver Dromi, José Roberto. *Prerrogativas y garantías administrativas*. Parte 1, cap. 7, p. 153-76.

[4] Pérez, Jésus González. *Las licencias de urbanismo*. Madri, Abelia, 1978. p. 71.

c) licença para funcionar, conseqüência da própria licença para construir; ínsitos na licença para funcionar encontram-se os problemas atinentes ao zoneamento;
d) licença para habitar, também corolário lógico da licença para construir.

Emergentes da licença para construir, como consectárias necessárias, temos a licença para habitar ou funcionar, dependendo da destinação do imóvel. Pode o imóvel ser vocacionado a uma utilização residencial ou, ao contrário, industrial ou comercial.

3. Relativamente à licença para abertura de loteamentos, compete assinalar as inovações trazidas pela Lei n.º 6.766 de 1979, que são as seguintes:
a) disposições penais contra o loteador clandestino;
b) obrigatoriedade de as municipalidades procederem as obras de infra-estrutura, se estas não forem realizadas pelo loteador.

Refiro-me à obrigatoriedade tendo em vista que incumbe às prefeituras o acompanhamento de todo o parcelamento do solo, por meio de seus órgãos de fiscalização.

De conseguinte, sua omissão acarretará, consoante nosso pensamento, o dever de realizar o descumprido pelo loteador.

Assim sendo, *de lege ferenda,* parece-me ser de todo desejável a licença para arruar preceder à licença para lotear. Se assim for, somente ultimadas as obras de infra-estrutura poderá o proprietário da gleba vender os lotes.

Tenho para mim, à míngua de disposição legal expressa, que quem deixou de exercer adequada fiscalização deverá proceder às obras de infra-estrutura.

Os problemas atinentes a essas obras não dizem respeito aos adquirentes dos lotes. Sequer teriam essas possibilidades de levar a efeito referidas obras.

Não será o particular que deverá arcar com qualquer ônus. E muito menos não conseguir ver regularizada sua construção, porque o loteamento passa a ter a conotação de loteamento clandestino, ou por não ter licença, ou por ter execução desconforme com a licença outorgada. O particular nada tem a ver com a omissão do Poder Público.

Da Lei n.º 6.766, nas disposições de seu art. 18, inciso V, infere-se que o arruamento deveria preceder ao loteamento. Vejamos o inciso V:

Art. 18 .....

.....

V — cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais *ou da aprovação de um cronograma com a duração máxima de dois anos,*..... (grifamos)."

Neste passo, considero ter sido infirmado, infelizmente, o princípio inicialmente colocado. A meu ver, o arruamento deveria, necessariamente, preceder

ao loteamento exatamente para evitar que se pusessem questões deste porte. E as obras que não são feitas? A Prefeitura, às vezes, não tem condições financeiras de arcar com tais obras e terá de fazê-las. O ideal seria, pois, que os Códigos de Edificações, as leis municipais que tratam do parcelamento do solo, sobretudo a Lei do Zoneamento, incluíssem, como condição essencial estar a gleba arruada, pelo menos no mínimo de infra-estrutura necessária. A aprovação de um cronograma com a duração máxima de dois anos não é o suficiente.

No tocante às infrações penais já as considerava aplicáveis, antes mesmo de editada a lei. Poderia variar a pena mas, de qualquer sorte, haveria crime contra a administração pública, na medida que existente a fiscalização municipal ocorresse descumprimento de ordem da autoridade administrativa.

Tal descumprimento já era nos termos do art. 330 do Código Penal enquadrável como crime.

Ademais, mesmo pela legislação antiga, o loteador estava equiparado ao incorporador (Lei n.º 4.591/64). Portanto já seria perfeitamente possível uma ação criminal contra o loteador clandestino ou aquele que executou o loteamento em desconformidade com o legalmente permitido.

Deu-se ênfase, entretanto, à Lei n.º 6.766/69 pelo fato de que a tipificação criminal ficou mais fácil do que a genérica figura de "descumprimento de ordem de autoridade".

4. Relativamente à licença para construir o material que tive no município de São Paulo foi fartíssimo.

Lastimavelmente o número de construções clandestinas é enorme. "Clandestino" é utilizado, neste passo, em seu sentido mais amplo, tal seja, sem licença ou desconforme com a licença expendida.

É tão grande o número que, em São Paulo, apelou-se para uma impropriamente chamada *Lei de Anistia,* ensejadora de conservações em massa.

Na realidade o núcleo do problema é a carência de fiscalização eficiente. Todos até já sabem que podem construir clandestinamente ou em desacordo com a licença, pois algum dia lograram a conservação. Evidentemente isto prejudica o panorama da cidade, os fins urbanísticos.

Disso deve decorrer, sem dúvida, o direito de a coletividade exigir o cumprimento da legislação urbanística. Assim como o particular tem de respeitar a legislação urbanística, tem direito a ver essa legislação respeitada pela administração pública. É dizer: a administração não poderá conceder qualquer licença à revelia da lei e também não poderá eximir-se de sua obrigação legal, de sua competência fiscalizadora. E a fiscalização, infelizmente, não é feita, ou quando é feita é muito deficiente.

5. A licença para funcionar, como já disse, será uma decorrência da licença para construir. Entendo que um imóvel feito com determinada destinação, com determinada finalidade, ao cabo desta construção terá, o particular, o direito de vê-lo licenciado dentro da finalidade para a qual foi edificado.

Caso curiosíssimo aconteceu em São Paulo com um posto de gasolina. A questão chegou até a nível de recurso extraordinário. Tratava-se de uma construção licenciada à luz de uma legislação antiga com a destinação específica de posto de gasolina, numa zona que, posteriormente à licença, passou a ser zona Z-1. Eb São Paulo, a zona Z-1 é estritamente residencial. Este alvará foi cassado — a denominação era cassar — por se considerar aquela construção inconveniente ao local. Em conseqüência da *cassação* do alvará foi impetrado um mandado de segurança que acabou no Supremo Tribunal Federal.

Este deu ganho de causa ao detentor da licença. Porém, a decisão ficou adstrita à cassação do alvará. É dizer: teve como ilegal a cassação do alvará. Nada dispôs sobre o funcionamento, vez que a decisão deveria cingir-se à lide instaurada.

A interpretação, no tocante à decisão do Supremo provendo o mandado de segurança em recurso extraordinário, portanto confirmando a segurança inicial, foi no sentido de que a licença de edificação teria sido mantida, mas o posto não poderia obter a licença de funcionamento.

Ora, isto seria um verdadeiro contra-senso. Como entender a licença para construir válida (se o foi com destinação especial de posto de gasolina) e depois impedir-se seu funcionamento?

Na realidade, se cumprida a licença para construir tal qual outorgada, terá o particular, a meu ver, o direito de utilizar a construção para aquele fim com que foi licenciada. Portanto, se é uma residência com fim residencial, se é um posto de gasolina com fim de posto de gasolina, mesmo que sobrevenha legislação posterior tornando aquele uso inadequado ao local.

6. E, com respeito ao zoneamento, destacaríamos ser o zoneamento elaborado, sempre, a lume das peculiaridades locais. Há usos que são — e o Prof. Hely Lopes Meirelles os define muito bem no seu *Direito de construir* — conformes, desconformes ou sujeitos a controle especial. Uso conforme é aquele adequado ao local. Uso desconforme, por seu turno, é o não-adequado, o inadequado ao local. E o sujeito a controle especial é aquele que poderá permanecer se os transtornos trazidos ao local não forem de molde a suprimi-lo.

O uso conforme terá necessariamente que ser deferido. O uso desconforme, por sua vez, terá necessariamente de ser indeferido.

E o sujeito a controle especial, diria eu, não deveria gozar nunca de uma licença, mas sim de uma autorização exatamente para se lhe dar uma certa precariedade, que não ocorreria se houvesse uma licença.[5]

[5] Cabe a distinção entre licença e autorização.
Muitas vezes é feita uma utilização promíscua desses termos, não correspondente ao seu real conteúdo jurídico.
Enquanto que é a licença um ato vinculado, portanto de expedição obrigatória por parte do poder público, a autorização é discricionária.
Nesta última hipótese cabe à administração verificar a conveniência e oportunidade.
A licença outorga um direito imodificável por lei ulterior, suprimível, destarte, somente pela expropriação.
A autorização traz ínsita e precariedade. Consubstancia o autêntico *diritto affievolito* dos italianos.

No tocante à zona rural, na Lei de Loteamentos Urbanos há a referência de o Incra (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) ter de ser ouvido previamente. Veja-se o art. 53 da já referida lei:

"Todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos dependerão de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra,..."

É de interesse assinalar o fato de que a zona, por ser rural, evidentemente não se subtrai da competência municipal.

Questões interessantes foram colocadas, em São Paulo, no atinente à competência do município sobre a zona rural.

Exemplo disso foi um problema relativo à coleta do lixo. Questionava-se se podia, esta, estender-se à zona rural e se lícito ao município cobrar a taxa equivalente.

A resposta não pode ser senão afirmativa.

7. Em seqüência devo tratar da constituição da licença.

Trago à coleção mais uma vez Jesús González Pérez, em sua obra antes citada, p. 95, quando este assevera:

"Las licencias de urbanismo, en cuanto licencias, participan de las notas características de este tipo de actos administrativos. Presuponen, por tanto, una prohibición de actividades en tanto no se obtenga la correspondiente licencia."

A licença é um ato administrativo. O regime jurídico dos atos administrativos vinculados é de total aplicação no referente à licença.

Isto precisa ficar bem claro. Tudo que diga respeito a ato administrativo, procedimento administrativo, é aplicável em sua integralidade ao problema da licença para habitar, funcionar, etc.

Aplicável também será o regime jurídico da invalidação, revogação e supressão do ato administrativo.

Por quê? Exatamente porque a licença é um ato administrativo vinculado. E usando a terminologia do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, diríamos, constitutivo — formal exatamente porque nada agrega à esfera de direitos do indivíduo, tão-somente permite a utilização destes direitos.[6]

A licença é um ato administrativo constitutivo-formal. E assim sendo, cabe perquirir: qual é o regime jurídico da licença? A primeira questão que se põe é atinente ao direito à execução desde o momento de sua concessão. Colocam-se questões importantíssimas, como por exemplo, a da legislação superveniente. Cabe registrar parecer do ilustre Ministro Seabra Fagundes, em que se encontra a seguinte assertiva: "deferida a licença, tem o particular o direito de executar a obra. A administração pública não poderá suprimi-la sem qualquer ônus. A licença sendo um ato constitutivo-formal outorga ao particular o direito à execução do licenciado, nos moldes em que foi deferido, mesmo havendo legislação superveniente".

[6] Confira nosso *Disciplina urbanística da propriedade*. cap. 7, p. 56-91.

Há de se perquirir: infirma-se, de tal arte, o direito da administração? E o interesse público, e sua supremacia sobre o interesse individual, onde queda?

Não se tolhe o interesse público nem a supremacia da administração na tutela desse interesse.

A administração pública nada mais é do que a própria coletividade. Para a realização dos cometimentos públicos, se os interesses privados interferirem, a lei deu, no seu mecanismo de freios e contrapesos, direitos de um lado e deveres do outro.

Se a administração pode suprimir uma licença, deverá, entretanto, necessariamente indenizar.

Discordo, pois, da orientação de nossa colenda Corte em um *leading case*, quando afirmou: "uma vez iniciada a construção, a licença não poderá ser suprimida".

Afirmo que, do ponto de vista estritamente jurídico, é totalmente irrelevante ter sido ou não iniciada a construção.

A única conseqüência que trará o início da obra é concernente ao *quantum* indenizatório. Este sim será cada vez maior, à medida do prosseguimento da construção.

Já extraíra esta conclusão ao versar, de certa feita, o tema. Ratifiquei-a posteriormente por estar absolutamente convencida da irrelevância sob o prisma estritamente jurídico de estar iniciada ou não a obra.

8. Como proceder para suprimir uma licença validamente outorgada? Para suprimi-la só há uma coisa a fazer: expropriação do direito. A expropriação de qualquer direito é largamente aceita em nosso ordenamento jurídico. Não será, pois, a expropriação daquele determinado bem, mas sim do direito, do direito adquirido já apto a ser exercido pelo particular.

Relativamente às áreas declaradas de utilidade pública coloca-se um outro interessantíssimo problema que se pôs, reiteradas vezes, em São Paulo. A municipalidade normalmente recusava licença em área declarada de utilidade pública. Bastava, às vezes, a mera declaração de utilidade pública, ou, até mesmo, a existência de uma simples lei de melhoramento público era hábil a tolher totalmente o administrado.

Devo discordar, pois, da Súmula n.º 23[7] do Supremo Tribunal Federal, apesar desta súmula ter posto fim ao problema de a Municipalidade não licenciar, não solveu toda a questão.

Minha discordância diz respeito à indenização. A Suprema Corte, a meu ver, deu uma solução intermediária ao problema, porém ficou aquém do texto constitucional no atinente à *justa indenização*.

[7] É o seguinte o teor da Súmula nº 23:
"Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para a desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada."

A Súmula n.º 23 afirma o dever de a Municipalidade licenciar construções mesmo em área declarada de utilidade pública, porém afirma serem não-indenizáveis as construções efetuadas.

Isto parece um absurdo e, ademais, ilógico. Primeiro porque se, exatamente pelo fato de o particular continuar com a plena disposição de sua propriedade, o deferimento da licença é obrigatório, a não-indenização traduz-se em um verdadeiro confisco.

Não teria cabida admitir-se a possibilidade de edificar, de se obter uma licença para, ao depois, esta construção não ser indenizada.

Como proceder então? Realmente entendo deva o poder público concretizar imediatamente a desapropriação.

O Prof. Sérgio Ferraz, de certa feita, ao relatar uma tese, em um Congresso de Procuradores Municipais, foi ainda mais longe. Afirmou a obrigatoriedade de a conservação dever também ser indenizada.

Devo admitir meu total consenso à postura do eminente Prof. Ferraz.

Na realidade, tudo o que for executado no local, se passível de conservação, deverá ser conservado e terá por via de conseqüência de ser indenizado. As sanções para as construções ilegais serão outras, mas não o confisco. E a não-indenização seria um verdadeiro confisco.

Entendo, pois, que nas áreas declaradas de utilidade pública, o poder público poderá e deverá concretizar, de imediato, a expropriação, caso seja requerida uma licença e se ainda lhe interessar a área.

9. Chegamos a um outro tópico importante que seria o esgotamento natural da licença e sua caducidade.

O esgotamento natural de uma licença ocorre quando o objeto já foi cumprido. Diz Robin de Andrade que um ato administrativo se esgota naturalmente quando exaurida a utilidade que traz em seu cerne. Quer dizer: se a licença é para lotear, loteado o local, exauriu-se. Se a licença for para edificar, edificado, esgotou-se o ato.

Depois, estaríamos diante de novos atos como, por exemplo, na hipótese de licença para edificar, ter-se-ia que passar a um ato de vistoria e depois à licença para habitar.

O esgotamento natural é o modo normal de extinção do ato de licença. Entretanto tal esgotamento pode dar-se também pelo desaparecimento da coisa. Suponha-se, por exemplo, um imóvel para o qual se tenha outorgado uma licença de funcionamento, destruído por um incêndio, e que estivesse (mercê do direito adquirido) numa zona desconforme. Evidentemente, não poderá, a meu ver, ser reconstruído.

A licença é um ato *intuito rei* e não *intuito personae,* portanto, em função da coisa e não da pessoa. Transferida a coisa, transferem-se os direitos a ela aderidos. Assim, a licença incorpora-se. Portanto, destruído um imóvel que

se encontrava em área desconforme, num uso desconforme, não poderá ser reedificado sob pena de agressão aos valores do ordenamento jurídico.

10. A caducidade da licença dá-se, a meu ver, quando o alvará, aquilo que se chama *alvará,* o ato formal de licença, perde a sua eficácia.

Infelizmente, no Código de Edificações de São Paulo, temos um lapso temporal, um prazo, para que se comece a edificar, mas não o tempo para que a construção se complete.

Isto é péssimo porque pode, o beneficiário da licença, sustar a caducidade do ato com manobras de fácil execução. Explico citando decisões do Conselho de Estado francês. Em uma dessas decisões havia a seguinte assertiva: "não haverá caducidade quando existir o reinício de obras de *importância suficiente."*

Por conseguinte, joga-se com um conceito impreciso, tal como a *importância suficiente.*

Pois bem, saber o que sejam obras de *importância suficiente* demanda certa meditação.

Enfim, fica-se diante de um conceito indeterminado[8]: o que é *importância suficiente.*

O Código de Edificações de São Paulo dispõe que, se num lapso de dois anos, não houver início de obras ou reinício de obras (na hipótese de paralisação), ocorrerá a caducidade do alvará.

No que tange ao início das obras o Código de Edificações define. Entretanto a existência de paralisação, depois de um certo tempo, já é um problema bem mais complicado.

Tivemos casos concretos em São Paulo. O administrado comprava material, tinha as notas desse material e afirmava, por tal fato, não haver paralisado a obra.

Como solver o impasse? *De lege ferenda,* uma norma que obrigasse o término da obra dentro de um certo prazo seria o ideal. O prazo, obviamente, deveria ser proporcional ao número de metros quadrados e às dificuldades de cada tipo de construção.

Entretanto, a lume da legislação então vigente, somente em um estudo casuístico poder-se-á afirmar ter havido ou não a paralisação da obra, de molde a fazer caducar o ato de licença.

E, sem dúvida, agride o ordenamento urbano uma construção incompleta.

11. A invalidação da licença deverá ocorrer da mesma maneira como se constitui a licença, como se outorga a licença. Assim, deverá ser invalidada a licença se emitida em desconformidade com o ordenamento jurídico. A invalidação da licença deverá ser procedida pela administração ou pelo Judiciário. E, a meu ver, é um direito do particular, dos administradores em geral — coloco isto

[8] Consultem-se Entería, García de & Fernandes, Ramón. *Tratado de derecho administrativo.* T. I — cap. 6, p. 267-86, em que os autores tratam do tema da discricionariedade.

exatamente entre os direitos dos particulares — a desconstituição de licenças deferidas à revelia da lei.

Às vezes há licenças incrivelmente agressivas aos direitos da coletividade como, *verbi gratia,* a licença para lotear em glebas de preservação de áreas verdes. Ou, então, licenças agressivas às paisagens notáveis ou às obras tombadas.

A invalidação da licença, será por conseguinte, a desconstituição do ato administrativo emanado em desconformidade, em descompasso com o ordenamento jurídico. Poderá efetuar-se pela administração ou pelo Judiciário como já referimos. E esta anulação deverá ter efeitos *ex tunc.* É dizer: a licença morre desde o seu nascedouro e a obra deverá, então, ser demolida para que a coisa volte ao estado anterior.

12. Relativamente à demolição, afirmo a existência de diferença entre a obra edificada sem qualquer licença ou a edificada em desconformidade parcial com a licença deferida. O ato de demolição é um dos atos mais graves, mais sérios que a administração pode, auto-executoriamente, deflagrar.

Portanto, entendo só se justificar a auto-executoriedade da medida concernente à demolição quando a obra ameaçar a incolumidade pública ou outros valores primordiais do ordenamento jurídico.

Assim parece-me necessário submeter ao Judiciário, o pedido de demolição — em certos casos — a fim de se constituir o particular numa autêntica obrigação de fazer, tal seja, demolir.

Evidentemente, descumprida a ordem judicial, a autoridade administrativa poderá executar a demolição ressarcindo-se, ao depois, dos ônus decorrentes.

13. A supressão da licença em virtude de legislação superveniente é chamada vulgarmente como *cassação.* Entretanto, afigura-se-me, não se poderá dar por um outro ato administrativo, o de *cassação,* mas sim por uma expropriação do direito. Friso que é *expropriação do direito* e não do bem.

Por evidente, a administração não deverá expropriar o bem se dele não necessitar. Apenas não lhe sendo conveniente nem oportuno que o particular edifique numa zona que, por hipótese, se tornou Z-1 (zona residencial), deverá suprimir o direito já constituído do administrado. Não há necessidade de a administração expropriar o bem, mas sim meramente o direito, o que evidentemente dará, em termos de custo, um ônus muito menor. Naturalmente isso envolverá toda uma prova pericial para verificar quanto haverá de dano para o particular. Porém é mera questão de prova. Só num casuísmo verificar-se-á qual o valor desse dano e, evidentemente a lume de um levantamento pericial.

14. Reservo o termo cassação da licença exatamente para quando há descumprimento do beneficiário do ato. Distingo, pois, *caducidade* de *cassação.* Em matéria de ato administrativo a nomenclatura é utilizada em total descompasso. Muitos autores referem-se à caducidade quando querem se referir à cassação e vice-versa. Em matéria dos chamados elementos do ato administrativo, um denomina objeto aquilo que outro chama de conteúdo, e assim por diante. Pre-

firo distinguir os dois conceitos; *caducidade* é pois, a perda de um direito, tendo em vista o seu não-exercício em tempo hábil. A *cassação* de seu turno, é a supressão de uma licença, tendo em vista o descumprimento das regras contidas no ato administrativo. Um exemplo prático, a ser trazido a contexto, é o de um *auto de conclusão parcial.* Entendo que, deferido o *auto de conclusão parcial* deverá, a parte, (isso está dito no Código de Edificações de São Paulo expressamente) edificar o resto em consonância com a licença expendida. Vamos supor uma construção com três blocos de apartamento. O primeiro já está completo, ou então, até o andar tal ou qual já está tão completo que poderá ser habitado. É possível conceder-se um auto de vistoria parcial, uma licença de habitação parcial. Parece-me, entretanto, que concluída a construção do prédio, havendo qualquer infringência à lei, deverá ser cassado inclusive o *habite-se parcial.* A obra há de ser vista na sua totalidade. Não é possível uma parte conforme e outra desconforme. De conseguinte, até que haja uma conformidade total, aquela obra, consoante meu entendimento, será uma obra sem licença para habitar.

A cassação da licença é, pois, decorrência do descumprimento do particular detentor da licença. Ao passo que a caducidade, como já o afirmei, dar-se-á na hipótese de não ter havido, em tempo hábil, o exercício do direito.

15. Passo, finalmente, à abordagem do dever de observância da legislação urbanística quer por parte da administração quer por parte dos particulares. É dizer: a legislação urbanística há de ser observada tanto pela administração quanto pelos administradores. Aquele que não a observar, descumpri-la-á por sua conta, riscos e perigos. Se a administração descumprir a legislação urbanística, por evidente, será passível de suportar o dever de indenizar. É um caso típico de responsabilidade extracontratual do Estado insculpida na Constituição, em seu art. 107.[9]

De seu turno, se o particular não observar a legislação urbanística poderá ter de demolir uma construção, pagando todas as multas. Enfim, terá de arcar com todas as conseqüências imputadas pelo Ordenamento Jurídico.

Realmente as sanções pelo descumprimento são de parte a parte, da administração e do administrado. Isto porque a coletividade, e faço questão de frisar isto, a coletividade tem direito ao respeito da legislação urbanística. Poderá, pois, haver interposição de um mandado de segurança em virtude de a administração outorgar um alvará, uma licença em descompasso com o Ordenamento Jurídico. Poderá ser impetrada também uma ação popular porque a administração estará lesando o patrimônio da coletividade.

[9] É o seguinte o teor do art. 107:
"As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.
Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."

Também entendo que a administração deve ser compelida a se utilizar de todos os remédios jurídicos à sua disposição para o cumprimento de seu dever de fiscalizar.

Surge a primeira conseqüência: há algo em desconformidade, qual a obrigação que incumbe à autoridade administrativa? Obviamente multar, notificar, e se estiver diante de uma obra, um loteamento, deverá embargar. Se o embargo administrativo não der resultado, deverá fazer o embargo judicial. E se o embargo judicial ainda não for cumprido, deverá tomar todas as providências que o Ordenamento Jurídico lhe enseja. É dizer: deverá percorrer todo o *iter*. Só assim estará bem e fielmente cumprida a lei.

Vale a pena trazer ao contexto citação literal de Celso Antônio Bandeira de Melo, em sua mais recente e magnífica obra.[10]

"Por sem dúvida a administração atua legitimamente ao fulminar seus atos viciados. Mas, tais atos são, normalmente fontes geradoras de conseqüências. Vale dizer: não se apresentam como irrelevantes no universo jurídico. Justamente por isso é que se cuida de invalidá-los. Se fossem um nada, se não produzissem efeito algum, não haveria porque ocupar-se deles.

É um equívoco freqüente mas nem por isso menos grave, a afirmação cediça de que os atos nulos não produzem efeitos jurídicos nenhum. Correto seria o dizer-se que os atos inválidos *não deveriam* ser produzidos. Portanto *não deveriam* produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos e que *produzem* efeitos jurídicos. Podem até produzí-los *per omnia secula*, se o vício não for descoberto e ninguém os impugna.

....."

Mais adiante, vai, o emérito autor, afirmar que desde a Constituição de 1946, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado, não há mais a necessidade de magistrados e doutrinadores degladiarem-se para fazer valer seu ponto de vista: a responsabilidade estatal por quaisquer condutas lesivas. Assente ficou, desde 1946, o princípio da responsabilidade objetiva para quaisquer condutas danosas.

Concluindo e sintetizando:

De nada adiantará uma legislação urbanística adequada se não houver uma ação responsável por parte do poder público.

A fiscalização coloca-se, pois, como algo de primordial importância.

Se assim não for, estaremos sempre diante de situações consumadas.

Concluída a obra, a ação a ser proposta pela administração é a ação demolitória, consubstanciada em uma obrigação de fazer.

Entretanto, quando a administração se omite ou atua de maneira desconforme à ordem jurídica, sujeita-se ao ressarcimento.

[10] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Ato administrativo e direito dos administrados*. p. 183-4.

E, de seu turno, se o particular infringir a legislação estará sujeito a todas as conseqüências que o ordenamento jurídico lhe imputar.

A defesa de toda a coletividade atingida pelo desrespeito à legislação urbanística só assim poderá se concretizar.