

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

Marco Antonio Batista de Moura Ziebarth

O direito subjetivo à licença urbanística nos moldes de lei revogada

SÃO PAULO
2015

MARCO ANTONIO BATISTA DE MOURA ZIEBARTH

O direito subjetivo à licença urbanística nos moldes de lei revogada

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Pós-Graduação, como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista na área de Direito Administrativo sob a orientação do Professor Dr. Alexandre Levin.

São Paulo – SP

2015

RESUMO

A ideia central do presente trabalho é estudar o instituto das licenças urbanísticas e discutir as implicações da superveniência de uma lei nova na hipótese de um particular já ter iniciado o processo de licenciamento. Vale dizer, discute-se o momento em que o administrado passa a ter direito adquirido a ver seu pedido deferido com base na lei anterior.

O tema exige o estudo prévio de outros conceitos pertinentes ao Direito Administrativo, como o de função administrativa e de limitações administrativas à liberdade e à propriedade. Aliás, por se tratar a licença urbanística de espécie da licença administrativa, o regime jurídico desta também há de ser abordado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem o entendimento de que o direito adquirido, no âmbito das licenças urbanísticas, dá-se com o início da obra regularmente licenciada pelo órgão público competente.

Serão analisados ainda os diversos posicionamentos doutrinários sobre o tema, cujas premissas mostram-se conflitantes.

No que diz respeito aos diplomas legais sobre o tema, além das leis de âmbito federal será utilizada a legislação do Município de São Paulo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1. Estado e atividade privada	8
1.1. As funções estatais e os critérios de diferenciação	11
1.2. A função administrativa	16
1.2.1. A Administração Pública e a competência para o exercício da função administrativa	22
1.3. O Regime Jurídico Administrativo	25
1.4. Limitações administrativas à liberdade e à propriedade	26
1.4.1. Limitações urbanísticas	31
CAPÍTULO 2. Limitações administrativas (e urbanísticas) e os direitos dos particulares	34
2.1. O princípio de devido processo legal: origem e evolução	35
2.1.1. O devido processo legal substancial	39
2.2. O princípio da proporcionalidade	41
CAPÍTULO 3. Licenças administrativas	46
3.1. Breve panorama do regime jurídico das licenças administrativas.....	46
3.2. Licença urbanística	52
3.2.1. Autonomia do Direito Urbanístico e a função social da propriedade.....	52
3.2.2. Regime jurídico das licenças urbanísticas	56
CAPÍTULO 4. Direito subjetivo e direito adquirido: o direito intertemporal e as licenças urbanísticas	60
4.1. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal	61
4.2. Posicionamento da doutrina.....	63
4.3. Legislação do Município de São Paulo	65

SÍNTESE CONCLUSIVA	70
REFERÊNCIAS BIBLIGRÁFICAS	71

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de estudar o ato administrativo licença urbanística, dando enfoque ao direito intertemporal, isto é, ao direito subjetivo do administrado em ver deferida sua licença com base em lei já revogada.

Procurar-se-á determinar qual é o momento em que o particular passa a ter direito adquirido à análise de seu projeto sob os ditames da lei anterior.

O estudo aqui desenvolvido não tem a pretensão de abordar todas as espécies de licenças urbanísticas, de modo que se procura dar um conteúdo mais geral, que se aplicaria a diversas licenças, muito embora em determinado momento passa-se a dar maior destaque à licença para construir.

Diante disso, no primeiro capítulo, serão abordados conceitos fundamentais do Direito Administrativo, com o intuito de dar base teórica ao estudo dos institutos mais específicos. Assim, não há como não tratar das limitações administrativas à propriedade e à liberdade, vez que as licenças urbanísticas são meios de expressão delas.

Diante das limitações que o particular deve observar para requerer o deferimento de sua licença, limitações essas que definem o seu direito de propriedade, o segundo capítulo é dedicado a discorrer sobre garantias do administrado no processo administrativo de licenciamento, dando enfoque à cláusula do devido processo legal, que abarca em seu conteúdo inúmeras outras garantias. Tratar-se-á também do princípio da proporcionalidade, que inclusive será brevemente retomado no último capítulo deste trabalho.

No terceiro capítulo já se passa a adentrar mais especificamente no objeto de estudo desta monografia. Serão feitas breves considerações acerca do regime jurídico das licenças administrativas para, em seguida, abordar as principais características das licenças urbanísticas. Um ponto de fundamental relevância a ser tratado consiste na natureza jurídica dessas licenças, isto é, se consistem em declaração de um direito ou se são constitutivas desse direito. Além disso, para compreender melhor as licenças

urbanísticas, será traçado um sucinto panorama acerca do conceito de Direito Urbanístico e a aplicação do princípio da função social da propriedade.

Por fim, o último capítulo dedica-se à influência do tempo no licenciamento urbanístico. Vale dizer, buscar-se-á avaliar em que momento ou qual ato/fato jurídico determina a aquisição do direito pelo particular. Para tanto, será feita a distinção entre os conceitos de direito subjetivo e direito adquirido. Em seguida, se passará a analisar como a jurisprudência do STF e a doutrina encaram esse tema para, ao final, abordar a legislação do Município de São Paulo.

CAPÍTULO I – Estado e atividade privada

Estudar Direito Administrativo e seus institutos consiste, em boa medida, analisar a relação do Estado, mais precisamente a Administração Pública, com os particulares. A história do homem inserido em sociedade é também a narrativa do indivíduo e as interferências do Poder Público sobre sua vida, narrativa esta que, no decorrer do tempo, encontra variações na carga de autoritarismo praticado pelo ente que, ao menos em tese, atuaria em prol da ordem coletiva.

O presente trabalho não tem a pretensão, por óbvio, de abordar como se desenvolveu a ideia de Estado e sua atuação na esfera de direitos dos particulares. Mas se torna indispensável tratar, no presente estudo, o modo que se dá essa relação, até porque aqui se pretende discorrer sobre um importante instrumento de ingerência do Poder Público na atividade do indivíduo, que é a expedição de licença urbanística pelo município quando verificado que o particular atendeu os requisitos previstos na legislação pertinente.

Mas voltando ao brevíssimo histórico sobre a interferência estatal na vida privada, Carlos Ari Sundfeld explica que, em épocas passadas quando não se percebia a diferença entre as diversas manifestações estatais, era utilizado o termo *Polícia* para designar todas elas, cujo conceito foi paulatinamente reduzido para referir-se às injunções sobre a vida privada. Ilustra o administrativista que “no período absolutista, Estado-Polícia significava um poder ilimitado, valendo-se do Direito para controlar a sociedade, ordenando e coagindo, sem sujeitar-se a ele”.¹

Nessa perspectiva, dando alguns passos na linha do tempo, a implantação do Estado de Direito acabou por estabelecer novas bases na relação entre Estado e cidadão, de modo que liberdade e propriedade tornaram-se direitos subjetivos públicos. Consagram-se, então, os chamados direitos fundamentais de primeira geração, pautados na liberdade do indivíduo ante o Estado. Vale dizer, referidos direitos, de cunho liberal, têm como conteúdo a proteção do particular frente a ingerências perpetradas pelo Poder Público, devendo este adotar uma postura de abstenção.

¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 9.

Ainda de acordo com Carlos Ari Sundfeld, a consagração constitucional desses direitos exigiu ainda a sua regulamentação pela lei, de forma a compatibilizar o seu exercício, o que se deu em dois momentos distintos. O primeiro diz respeito à disciplina do relacionamento entre o titular do direito e outros particulares, como fez o Código Civil, o que não dá a esse direito uma índole exclusivamente privada.

Já o segundo consiste na ordenação da convivência entre o particular e o Estado. Tanto neste caso como na regulamentação pelo Código Civil, não há que se falar que a lei impõe uma limitação do direito de propriedade. Na verdade a lei apenas define a extensão do direito, dando seus contornos.² No mesmo sentido, explica Celso Antônio Bandeira de Mello que “descaberia falar em limitação a direitos, pois os atos restritivos, legais ou administrativos, nada mais significam senão a formulação jurídica do âmbito do Direito”.³

A atuação administrativa com vistas a limitar a liberdade e a propriedade insere-se na ideia de *poder de polícia*. Essa expressão, no entanto, até por revestir-se de timbre autoritário, é amplamente criticada pela doutrina. A esse respeito, Bandeira de Melo pondera:

“a expressão ‘poder de polícia’ traz consigo a evocação de uma época pretérita, a do ‘Estado de Polícia’, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do ‘príncipe’ e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma ‘natural’ titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato ‘poder de polícia’.”⁴

Carlos Ari Sundfeld não só refuta a expressão *Poder de Polícia* como também sustenta a necessidade de revisitar a noção que a recobre, de modo a elaborar uma sistematização nova e ampla de toda a atividade de regulação administrativa da vida privada. Assim, o autor acaba por identificar três grandes setores da teoria da ação

² SUNDFELD, Op. cit., p. 9-10.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 756.

⁴ Op. cit., p. 757.

administrativa: a *administração gestão*, a *administração fomentadora* e a *administração ordenadora*.

Em breve síntese, cumpre consignar que a administração gestão diz respeito à função de gerir determinadas atividades, englobando a prestação de serviços públicos e de serviços sociais. Já a administração fomentadora corresponde à função de induzir, mediante estímulos e incentivos, os particulares a adotarem certos comportamentos.

Por fim, a administração ordenadora, que é a que interessa especificamente a este trabalho, “congrega as operações estatais de regulação do setor privado (e, portanto, ligadas à aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados), com o emprego do poder de autoridade”.⁵ Assim, essa expressão substitui o obsoleto e indesejado rótulo *Poder de Polícia*.

No entanto, de acordo com o autor, não se trata apenas de uma mudança de significante, mas também de uma nova formulação da postura metodológica, mais precisamente no que diz respeito à rigidez do princípio da legalidade. A administração ordenadora, diferentemente do que muitos doutrinadores apontam em relação ao poder de polícia, nega a existência de faculdade administrativa, de modo que o poder de regular originariamente os direitos, concedendo-lhes os respectivos contornos, é exclusivamente da lei.⁶

Sundfeld traz, então, o conceito de administração ordenadora:

“Administração ordenadora é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio.”⁷

Como já adiantado acima, não se pretende aqui traçar o panorama histórico do Estado de Polícia e nem discorrer de forma detalhada a ideia de administração ordenadora. Todavia, reputa-se necessário, em razão da importância

⁵ Op. cit., pp. 16-17.

⁶ Op. cit., pp. 17-18.

⁷ Op. cit., p. 20.

estrutural na abordagem do tema objeto deste trabalho, trazer essas noções e ainda tratar de outros conceitos fundamentais como função administrativa, regime jurídico administrativo e Administração Pública, como se verá nos próximos tópicos. Ainda, adverte-se que será utilizado o termo *limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, ou simplesmente *limitações administrativas*, para se referir à antiga noção de *Poder de Polícia*, o que será novamente objeto de abordagem em outro tópico mais adiante.

1.1. As funções estatais e os critérios de diferenciação

A compreensão das limitações administrativas e, mais especificamente, do instituto da licença, deve passar necessariamente pela escoreita, ainda que breve, noção das funções estatais, já que os deveres da Administração Pública pressupõe o pleno exercício da função administrativa.

Nessa perspectiva, explica Dalmo de Abreu Dallari que “a teoria da *separação dos poderes*, que através da obra de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos”, e que “embora seja clássica a expressão *separação de poderes*, que alguns autores desvirtuam para *divisão* de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível”.⁸

Por essa lição, já se observa o cuidado com a preservação da liberdade do cidadão ante a atuação estatal, preocupação essa que orienta a teoria da separação dos poderes.

No que diz respeito à teoria desenvolvida por Montesquieu já se concebeu um sistema composto por um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si. Essa teoria política proposta na obra *Do Espírito das Leis* foi marcante para o advento do Estado Democrático de Direito e é consagrada em diversas Constituições, ainda que tenha sofrido modificações. Sob a orientação desse ideal iluminista, James Madison, um dos responsáveis pela Declaração de Direitos

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 216.

do Estado da Virgínia, de 1776, escreveu sobre sua preocupação para com a liberdade tendo em vista a acumulação dos poderes:

“Não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades, do que aquela em que esta objeção se funda: a acumulação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, onde uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania.”⁹

Com efeito, essa construção ideológica é vista como um elemento essencial para a democracia, fundamentando-se na proteção da liberdade individual em face das arbitrariedades do Estado, não sendo sem razão a forte influência que exerceu sobre os federalistas estadunidenses.

Apesar da existência da separação dos três Poderes, sobre o exercício de suas funções Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que

“nos vários Direito Constitucionais positivos – e assim também no brasileiro – sua distribuição não se processa de maneira a preservar com rigidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome. Esta solução normativa de estabelecer contemperamentos resultaria, ao menos no início, do explícito propósito de compor os chamados ‘freios e contrapesos’, mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, embora restritamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio melhor articulado entre os chamados ‘poderes’, isto é, entre os órgãos do Poder, pois, na verdade, o Poder é uno.”¹⁰

O modo como se realizará a distribuição dessas funções é algo que a Constituição de cada país solucionou de maneira diferente. Entretanto, cumpre mencionar que grande parte desses textos introduziu a separação dos poderes buscando seguir o mais importante da premissa teórica de Montesquieu, conforme expõe Agustín Gordillo: “*que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute*”¹¹. Continua o administrativista argentino explicando que os conceitos de Legislação, Administração e Justiça se mantêm em constante elaboração, e

⁹ MADISON, James. “O Federalista”. In *Os Pensadores*. Abril Cultural, São Paulo: 1973, p. 130.

¹⁰ Op. cit., p. 28.

¹¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general*. Tomo 1. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. IX-1.

que o termo “separação de funções” é mais adequado do que separação dos poderes, já que o poder é somente um, remetendo a ideia de unidade e indivisibilidade do Estado observada por Dallari.

Para o estudo das funções do Estado, impõe-se a necessidade de indicar o que se deve entender com o uso do vocábulo “função”. Nesse sentido, vale trazer a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Existe função quando alguém está investido no ‘dever’ de satisfazer dadas finalidades em prol de ‘interesse de outrem’, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são ‘instrumentais’ ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do ‘dever’ posto a seu cargo. Onde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no ‘interesse alheiro’.”¹²

Dessa definição, nota-se que a palavra “função” possui como um de seus significados o desempenho de um papel, uma obrigação a cumprir, isto é, um “dever”, o que concede a prerrogativa de uso de um determinado “poder”.

Portanto, cabe agora caracterizar as sobreditas funções do Estado e, para isso, podem ser utilizados os seguintes critérios, conforme faz referência Luis Manuel Fonseca Pires¹³: (i) o subjetivo; (ii) o objetivo material; (iii) o objetivo formal; (iv) o negativo.

O critério subjetivo, também conhecido como orgânico, leva em conta o sujeito que realiza a função, de sorte que cada função seria identificada em razão do órgão que pratica o ato. Dessa feita, a função legislativa seria aquela realizada pelo Poder Legislativo, a jurisdicional a praticada pelo Poder Judiciário, e a função administrativa a exercida pelo Poder Executivo.

Todavia, o critério subjetivo é alvo de inúmeras críticas, haja vista que desconsidera que cada Poder, além da sua função típica, também exerce outras que não são de sua natureza, as chamadas funções atípicas. Observa Luis Manuel Fonseca Pires

¹² Op. cit., pp. 60-61.

¹³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações Administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 37.

que “o próprio sistema jurídico de divisão de Poderes também possui suas premências no sentido de desenvolver um mecanismo eficaz de freios e contrapesos para evitar o arbítrio de algum destes Poderes, e todos estes motes levam à constatação de que nem todas as tarefas acometidas a cada Poder estão sempre concentradas no mesmo plexo (o feixe de competências que corresponde ao nome do Poder), mas há outras atividades que embora pertençam como essência a outros Poderes são realizadas como funções atípicas.”¹⁴

Assim ocorre nas hipóteses em que o Poder Executivo edita uma Medida Provisória, exercendo uma função legislativa (artigo 62, da Constituição Federal), ou quando os Poderes Legislativo e Judiciário realizam licitação para a aquisição de bens ou serviços, praticando atos administrativos, ou mesmo quando o Legislativo assume função judicante ao julgar autoridades por crime de responsabilidade (artigos 52 e 86 da Constituição).

Por outro lado, o critério objetivo material é o que “busca reconhecer a função a partir de elementos intrínsecos a ela, isto é, que se radiquem em sua própria natural tipologia”¹⁵. Dessa forma, a atividade característica da função legislativa se tipifica pela expedição de atos gerais e abstratos; a função administrativa por realizar de modo concreto, ou por visar de maneira direta e imediata os fins almejados pelo Estado, isto é, a utilidade pública; já a função jurisdicional se baseia na resolução de controvérsias jurídicas.

Diz-se, de acordo com esse critério, que a função administrativa é imediata porque por meio dela o Estado age como sujeito para a consecução do fim público, desenvolvendo uma atividade própria – diferentemente como ocorre com as demais funções. Também consiste em uma atividade prática por consistir a função administrativa em atuação concreta para a modificação da realidade externa, conforme explica Fonseca Pires.¹⁶

Sobre o critério material, cabível a crítica de Agustín Gordillo:

¹⁴ Op. cit., p. 38.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 28.

¹⁶ PIRES, Op. cit., p. 40.

“Este tipo de definición material no puede prosperar, en consecuencia, pues la función administrativa comprende actividades que son materialmente idénticas a la función legislativa (los reglamentos) y a la función jurisdiccional (la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo ante un recurso jerárquico presentado frente al acto de un órgano inferior), tomadas éstas también en sentido objetivo.”¹⁷

Já o critério objetivo-formal leva em conta as características jurídicas de cada função, isto é, apegam-se fundamentalmente “em características ‘de direito’, portanto, em atributos especificamente deduzíveis do tratamento normativo que lhes corresponda, independentemente da similitude material que estas ou aquelas atividades possam apresentar em si”¹⁸. Assim, pode-se dizer que a função legislativa consistiria, além da generalidade e abstração, no fundamento constitucional de inovar na ordem jurídica; o próprio da função administrativa seria a expedição na intimidade de uma estrutura hierárquica de comandos infralegais e excepcionalmente infraconstitucionais; e o próprio da função jurisdiccional seria a decisão de controvérsias com força definitiva, isto é, o trânsito em julgado sem a possibilidade de posterior modificação.

Por fim, o critério negativo baseia-se na exclusão, sendo a função administrativa tudo o que não se compreende pelas funções legislativa e judicial, o mesmo valendo para as demais funções. Imperiosas as palavras de Agustín Gordillo sobre o tema:

“Un criterio residual o negativo, en efecto, solamente puede ser útil en la medida en que pueda precisarse aquello que se excluye: no estando aproximativamente estipulado el concepto de las funciones excluidas, no resulta entonces clara la caracterización o descripción de lo que se identifica como residual.”¹⁹

Esses critérios, como será possível verificar a seguir, não são necessariamente aplicados de forma isolada, de modo que a definição de uma determinada função pode ser elaborada utilizando-se mais de um desses critérios.

¹⁷ Op. cit., p. IX-6.

¹⁸ Op. cit., pp. 28-29.

¹⁹ Op. cit., p. IX-5.

1.2. A função administrativa

Expostos os critérios para a caracterização das funções do Estado, cabe neste momento tratar especificamente da função central que diz respeito a este trabalho, a administrativa.

Pela leitura de seu “Curso de Direito Administrativo”, é possível observar que Celso Antônio Bandeira de Mello adota o critério formal para a identificação da função administrativa, isto é, aquele que leva em conta as características impregnadas pelo próprio Direito à função tal ou qual. Nessa medida, o administrativista abandona os critérios subjetivo e objetivo material, argumentando que aquele se mostra insatisfatório porque não há uma correspondência exata entre um dado conjunto orgânico e uma certa função; enquanto que este (critério objetivo material) não se poderia sufragar, posto que uma coisa é o que é não por algo intrínseco, mas sim pelo regime que lhe outorga. Para o autor, “quem exerce ‘função administrativa’ está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade.”²⁰

Nesse sentido, oportuno trazer a sua definição de função administrativa:

“Função ‘administrativa’ é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na ‘intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos’ e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser ‘desempenhada mediante comportamentos infralegais’ ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos a todos a ‘controle de legalidade pelo Poder Judiciário’.”²¹

Dessa definição é possível extrair algumas características pertinentes no que se refere à função administrativa. A primeira é a de que o Estado realiza essa função, podendo eventualmente ser substituído por “quem lhe faça as vezes”. Outra característica é a subordinação desse exercício à lei, trazendo a ideia de que administrar não implica em realizar de forma originária os interesses públicos, já que isso compete à função legislativa. Já se verifica, assim, a forte presença do princípio da legalidade (ou da estrita legalidade) a restringir e determinar a atuação da Administração Pública, cujos poderes só se justificam em razão dos deveres que a lei lhe prescreveu.

²⁰ Op. cit., p. 61.

²¹ Op. cit., p. 32.

Diante desse dever de cumprir com as finalidades previstas no ordenamento jurídico, o exercício da função administrativa se submete ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, isto é, há uma relação entre a função jurisdicional e a administrativa, assumindo o Judiciário o importante papel de proteger o cidadão ante ingerências indevidas por parte da Administração Pública.

Ainda no que diz respeito à definição de Celso Antônio Bandeira de Melo, outro importante aspecto merece destaque e que trata da posição que o Estado adota no exercício de suas funções, mais especificamente em se comparando a administrativa e a jurisdicional. Na medida em que deve ele promover o interesse público, e ao fazer isso exerce certas prerrogativas, acaba por figurar como parte nessa relação, o que em certa medida diferencia a função administrativa da jurisdicional, eis que nesta o Estado é imparcial. A esse aspecto, vale trazer os ensinamentos de Renato Alessi:

“Por tanto, la posición del órgano estatal respecto a las relaciones a las que se refiere al acto de producción jurídica creado por la función administrativa, es la de *sujeto de la relación* misma, tal como ocurre en las relaciones privadas respecto al sujeto privado *parte* en la relación.”²²

Em seguida, o jurista italiano explica que a posição como parte do ente estatal diferencia-se em relação ao sujeito privado uma vez que, enquanto portador do poder soberano, goza de superioridade; por outro lado, a lei não concede ao particular o poder de influir, mediante negócios unilaterais, fora de sua própria esfera jurídica. Mais adiante, inclusive, Alessi assinala que a função administrativa está subordinada à função legislativa, entendendo-se a atividade administrativa no sentido negativo, pois encontra um limite formalmente insuperável na lei.²³

Feita essa observação, cabe trazer o conceito formulado pelo professor da Universidade de Bolonha, levando em conta os sentidos material e objetivo:

²² ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970, p. 8.

²³ Op. cit., p. 12.

“*Administración*, en fin, es la emanación de actos de producción jurídica *complementarios* (o cuando menos de actividad *auxiliar* de éstos), en aplicación concreta del acto de producción jurídica primario y abstracto contenido en la norma legislativa: actos de producción jurídica del órgano estatal *como parte de las relaciones* a las que los actos se refieren.”²⁴

Alguns desses aspectos até o momento tratados também se encontram na definição proposta por Lúcia Valle Figueiredo:

“A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.”²⁵

Além do que já foi tratado acima, vale analisar, ainda que rapidamente, alguns componentes dessa última definição. Como se verifica, a administrativista traz no conceito de função administrativa a ideia de comandos normativos gerais e individuais, cabendo ao ente que exerce tal função o cumprimento no caso concreto desses comandos.

Ainda, a função administrativa, por estar *sob o regime prevalente de direito público*, não se caracteriza quando o ente público pratica atos de direito privado. Vale dizer, há hipóteses em que entidades estatais atuam de modo semelhante a um ente privado, e ao agir dessa maneira não estaria, de acordo com a autora, exercendo a função administrativa.

Outro ponto que merece menção diz respeito ao o controle de tais atos praticados no exercício da função administrativa, que é feito também pelo Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, passíveis também de revisão pelo Judiciário, de acordo com o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Essa ideia de controle é coerente com o que foi exposto acima acerca da convivência harmônica entre os Poderes, cabendo principalmente ao Judiciário a proteção do cidadão contra

²⁴ Op. cit., p. 8.

²⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34.

arbitrariedades (diga-se atos praticados sem fundamento em lei) perpetradas pelo Poder Público.

Ao tratar da definição transcrita acima, Fonseca Pires explica que Lúcia Valle Figueiredo mostra sua adesão ao critério material-formal, na medida em que a função administrativa é representada como uma atividade concreta, realizada atendendo a sua submissão à lei, e com a finalidade de realizar interesses coletivos de forma direta e imediata, interesses esses que não se encontram na natureza intrínseca da atividade, o que elimina a adoção do critério plenamente material, mas sim de acordo com o quanto estabelecido pelo ordenamento jurídico²⁶. O mesmo vale, de acordo com o citado jurista, para a definição proposta por Maria Sylvia Zanella Di Pietro de Administração Pública, em sentido material ou objetivo, que se transcreve a seguir:

“A Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime de direito público, para a consecução dos interesses coletivos.”²⁷

Vale trazer ainda a classificação elaborada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que se mostra bem particular. Para o doutrinador, o Estado-poder age por meio de duas faculdades fundamentais, que correspondem a duas funções típicas, a saber: a administrativa e a jurisdicional.

A função administrativa envolveria a ação legislativa e a executiva do Estado-poder, “pois visam ao estabelecimento, respectivamente, do programa de ação do Estado-poder e dos indivíduos existentes no Estado-sociedade e das respectivas relações entre os indivíduos e deles com o Estado-poder e à efetivação por este do referido programa”²⁸. Nesse sentido, a ação legislativa e a executiva constituem dois momentos sucessivos de uma mesma função, com o fulcro de realizar ou integrar a ordem social, criando novas utilidades sociais e melhorando as existentes, através de normas jurídicas, que as dispõem, ou atos jurídicos, que as concretizam.

²⁶ Op. cit., p. 46.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 61.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

De outro lado, a ação judicial distingue-se pela natureza do seu objeto, pois tem preocupação diversa, que é a manutenção da ordem jurídica em vigor. Objetiva, portanto, “resguardar a ordem normal do Estado-sociedade, anteriormente disposta por normas jurídicas ou constante de relações jurídicas, quando ameaçada ou já perturbada. Envolve o exercício de outra função, jurisdicional, de dizer o direito dos litigantes”²⁹.

Portanto, explica o doutrinador que “enquanto a função administrativa, através da ação legislativa e executiva, exterioriza-se de modo direto pela coletividade, na outra, na jurisdicional, isso se dá de modo indireto, pelas partes em controvérsia, na proclamação do direito de uma delas”³⁰.

Do mesmo modo que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Marcello Caetano não volta especificamente a nenhum dos critérios citados no tópico anterior para formular seu conceito de função administrativa.

Estabelece o administrativista português uma classificação bipartida das funções do Estado, bem como o fez Oswaldo Aranha. Entretanto, difere deste ao dividir as funções em que, de um lado, estaria a criação do Direito, enquanto que de outro, a aplicação deste. Dessa feita, a criação do Direito estaria sob o encargo da função legislativa, e a sua aplicação seria dada pela função executiva, subdividida nas espécies função jurisdicional e função administrativa. Essas duas vias de atuação do Estado se diferenciam na medida em que a primeira (a jurisdicional) procede mediante operações intelectuais, isto é, verifica os fatos e ajusta-lhes o Direito aplicável, tendo como características a imparcialidade e a passividade, atuando somente quando lhe seja pedido por um dos interessados; já a função administrativa se caracteriza pela parcialidade e iniciativa, “nesses casos os órgãos do Estado procedem como se fossem eles próprios os titulares dos interesses que a lei quer ver em acção, agindo como partes nas relações com os particulares, isto é, com parcialidade”³¹.

²⁹ Op. cit., p. 51.

³⁰ Op. cit., p. 51.

³¹ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13

Conforme dito em linhas anteriores, Agustín Gordillo defende, ainda que sem exclusividade, o critério negativo para a definição de função administrativa, que nas palavras do doutrinador argentino seria:

“(...) toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluídos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.”³²

Nota-se, dessa definição, que além do critério negativo valeu-se o doutrinador do critério subjetivo, na medida em que vincula a função administrativa à atividade realizada pelos órgãos administrativos. Os critérios orgânico e material se fazem também presentes no conceito exposto acima, na medida em que são eles utilizados para definir a função legislativa, que para o autor nada mais é do que “el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso”, e a função judicial, que é conceituada como “la decisión com fuerza de verdad legal de controversias entre partes, hecha por um órgano imparcial e Independiente”³³.

Entretanto, tomando por base a interpretação feita por Américo Lacombe, Luis Manuel Fonseca Pires explica que Agustín Gordillo também confere importância ao critério formal, não adotando puramente, conforme acima exposto, o critério negativo, pois para chegar à definição de função administrativa funde a este critério também o orgânico e o formal.³⁴

Por fim, vale trazer a definição proposta pelo supracitado jurista brasileiro, que acolheu os critérios material e formal, em interação, entendendo como sistemas indispensáveis à estruturação do conceito de função administrativa. Dessa feita, segue o conceito magistralmente elaborado por Luis Manuel Fonseca Pires:

“Função administrativa é toda a atividade realizada pelo Estado (em função típica do Poder Executivo, ou em função atípica dos demais Poderes), ou por quem lhe substitui (por entes da Administração Indireta, ou por particulares como os concessionários e os permissionários de serviços públicos), atividade esta em conformidade e submissa ao

³² Op. cit., p. IX-32.

³³ Op. cit., p. IX-11 e 13.

³⁴ Op. cit., p. 51.

ordenamento jurídico que atribui prerrogativas de autoridade com o propósito de administrar o patrimônio público, fomentar atividades particulares, oferecer serviços públicos e praticar medidas de intervenção, com observância dos direitos e garantias fundamentais dos administrados, o que se faz de forma prática e concreta para atender imediatamente aos fins públicos.”³⁵

Por esse conceito, é possível apreender traços importantes da função administrativa além daqueles já referidos, como as atividades de administração, fomento, serviços públicos e intervenção na vida privada dos cidadãos, sempre respeitando, por óbvio, os direitos destes.

A despeito dos critérios utilizados na propositura de uma definição, é possível elencar alguns traços do conceito de função administrativa relevantes para o presente trabalho: (i) atividade desenvolvida sob regime de direito público; (ii) o Estado realiza essa função, podendo ser substituído por quem lhe faça as vezes; (iii) subordinação desse exercício à lei (princípio da estrita legalidade), de modo que (iv) administrar não implica em realizar de forma originária os interesses públicos; (v) passível de controle pelo Poder Judiciário e, também, pelo Legislativo por meio dos Tribunais de Contas; (vi) cumprimento no caso concreto aos comandos normativos de maneira geral ou individual; (vii) não se exerce função administrativa quando o ente público pratica atos de direito privado; (viii) tem por finalidade realizar interesses coletivos; (ix) consiste em função típica do Executivo e atípica dos demais Poderes; e, (x) concede prerrogativas de autoridade àquele que a exerce, devendo-se observar os direitos dos administrados.

1.2.1. A Administração Pública e a competência para o exercício da função administrativa

Tratada a conceituação de função administrativa, cabe agora, em breves linhas, entender o que é Administração Pública de modo a tratar também sobre a titularidade para o exercício da função administrativa, o que dará base para melhor compreender as limitações administrativas e o ato licença.

³⁵ Op. cit., p. 58.

Ao versar sobre o conceito de Administração Pública, a doutrina usualmente faz referência aos seus aspectos subjetivo e objetivo. No que diz respeito ao objetivo, faz-se referência ao que foi abordado no item anterior, já que esse aspecto trata da própria função administrativa.

Com efeito, passa-se a discorrer agora sobre “quem” é a Administração Pública.

Retomando os ensinamentos de Renato Alessi, ao tratar do conceito de Administração Pública em sentido subjetivo, que de acordo com o autor é essencial junto com os objetivo e material para elaborar a melhor definição, aponta o doutrinador que Administração “es así el orden de órganos estatales a los que se atribuye la función administrativa como competencia característica y normal”.³⁶

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro a Administração Pública em sentido estrito, que é o adotado pela jurista, compreende, no aspecto subjetivo, as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa, incluindo-se não apenas os órgãos do Poder Executivo, mas também os dos demais Poderes (Legislativo e Judiciário) que realizam essa função de maneira atípica; já referente ao aspecto objetivo, consiste na atividade exercida por aqueles entes.³⁷

Explica a doutrinadora que, em sentido subjetivo, a Administração Pública não se refere apenas à Administração Direta do Estado, mas também à Indireta, fazendo referência ao Decreto-lei n.º 200, de 25.02.1967, o qual, com a redação dada pela Lei n.º 7.596, de 10.04.1987, determina, em seu art. 4º, inciso II, que a administração federal compreende também a administração indireta, abrangendo as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.³⁸

Note-se que a doutrinadora não englobou em seu conceito os concessionários e os permissionários do serviço público, particulares que são contratados pelo Estado por delegação da função administrativa.

³⁶ Op. cit., p. 10.

³⁷ Op. cit., p. 59.

³⁸ Op. cit., pp. 61-62.

Jean Rivero define Administração Pública como “a actividade por meio da qual as autoridades públicas provêm à satisfação das necessidades do interesse público, servindo-se, se for caso disso, das prerrogativas do poder público”³⁹. Para o autor, sob o ponto de vista dos órgãos, a Administração, também entendida como serviços públicos, possui organismos cuja função é satisfazer as diversas necessidades da coletividade, ainda que essa tarefa possa ser igualmente confiada a organismos privados investidos de uma *missão de serviço público*.

Para Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández,

“la Administración Pública no es tampoco para el Derecho Administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituída por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa de la misma como un conjunto de órganos, sino a través de su consideración como persona. ‘Para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica.’”⁴⁰

Para os referidos doutrinadores, a personalidade jurídica do Estado em seu conjunto só é admitida no âmbito internacional, isto é, na relação com outros Estados, como um sujeito internacional. Já do ponto de vista do ordenamento interno essa personalidade do Estado não aparece, mas apenas a personalidade jurídica de um dos seus elementos: a Administração Pública.

Enterría e Fernández entendem que os Poderes Legislativo e Judiciário podem exercer funções qualificadas materialmente como administrativas, mas que não são equivalentes às que normalmente cumpre a Administração, excluindo-se essas atividades atípicas do conceito da Administração Pública.⁴¹

Luis Manuel Fonseca Pires explica que o sentido amplo de Administração Pública coincide com a imagem do próprio Estado em suas mais diversas atividades de administrar, o que engloba, sob o aspecto subjetivo, não apenas

³⁹ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 19.

⁴⁰ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 32.

⁴¹ Op. cit., p. 38.

os órgãos administrativos, mas também os órgãos de governo. Entretanto, para o estudo da Administração Pública, convém adotar a acepção estrita do seu aspecto subjetivo.

O citado administrativista acolhe, ainda que em parte, a posição adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entendendo que os particulares que contratam com o Estado não são entendidos como órgãos administrativos, não sendo englobados, por consequência, ao conceito subjetivo de Administração Pública. Isso se deve ao fato de que esses particulares não têm por finalidade específica a realização da função administrativa, não sendo este o mote de sua existência, bem como não são criados por lei ou na lei têm sua criação autorizada com a vocação original de substituir o Estado.⁴²

Portanto, as pessoas de direito privado que contratam com o Estado, como os concessionários e os permissionários de serviço público, “estão contigencialmente revestidas de deveres-poderes para cumprirem certa obrigação afetada ao interesse público, realizam a função administrativa nos limites de suas atribuições, mas nem por isso fazem parte da Administração Pública.”⁴³

1.3. O Regime Jurídico Administrativo

Para um melhor estudo da Ciência do Direito, precisa ela ser dividida em partes precisamente discriminadas. Uma divisão elaborada pela doutrina e que advém dos primórdios da civilização romana é a que separa o Direito Público e o Direito Privado, para que assim se proceda a uma maior especialização de cada parte, analisando-se as regras e princípios próprios.

Miguel Reale explica que o Direito Público se caracteriza pelo “fato de atender, de maneira imediata e prevalecente, a um interesse de caráter geral”. Já na relação de Direito Privado as partes se encontram num mesmo plano e pé de igualdade. Assim, por ter como razão de ser o interesse público é que no ramo do Direito Público o Estado aparece em uma posição eminente, institucional, enquanto que no ramo do Direito Privado a relação é de coordenação.⁴⁴

⁴² PIRES, Op. cit., p. 32.

⁴³ Op. cit., p. 33.

⁴⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 343.

O Direito Administrativo, dessa forma, encontra-se no ramo do Direito Público e tem por estudo as relações desenvolvidas entre o Estado, ou quem lhe faça as vezes, e os particulares, no intuito de realizar a função administrativa.

Esse sistema que regula e organiza os poderes e prerrogativas da Administração Pública, que visam, antes de mais nada, a realização do bem comum, *denomina-se regime jurídico administrativo*.

E esse regime jurídico administrativo consagra dois princípios, que justificam e também limitam referidos poderes e prerrogativas atribuídos ao Estado: (i) supremacia do interesse público sobre o privado; e, (ii) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

A partir desses princípios e dos conceitos aqui expostos é possível ter referência mais sólida para discorrer sobre o tema central deste trabalho. Como já dito anteriormente, não se tem aqui, por óbvio, a pretensão de trazer conceitos definitivos e nem mesmo tecer amplo estudo sobre o que foi abordado até o momento, mas sim dar um breve panorama acerca de definições essenciais para tratar sobre o ato administrativo licença. A seguir, passa-se

1.4. Limitações administrativas à liberdade e à propriedade

À medida que se prossegue com este trabalho, caminha-se de um plano mais genérico para a abordagem de institutos mais específicos. Tratou-se inicialmente da relação entre cidadão e Estado, passando pelo tratamento breve das funções estatais, mais precisamente da administrativa, do conceito de Administração Pública e de regime jurídico administrativo, de modo que agora cumpre analisar as limitações administrativas à liberdade e à propriedade, instituto que possui íntima relação com as licenças administrativas.

Aliás, como esclarece Luis Manuel Fonseca Pires, as licenças urbanísticas e ambientais são meios de expressão das limitações administrativas, de modo que compreender o sentido e alcance destas “é questão premente para bem

apreender os conceitos de licenças e outros temas pertinentes (como a extinção, a responsabilidade civil, etc.)” a elas.⁴⁵

Na verdade, as licenças constituem uma das formas de manifestação das limitações administrativas, sendo equivocado, contudo, afirmar que se confundem com as próprias limitações. Diante desse panorama, cabe agora analisar os traços mais evidentes e os atributos dessas limitações, até para poder, mais adiante, abordar o regime jurídico das licenças administrativas.

Para tanto, aproveita-se o que já foi ressaltado logo no início deste estudo, quando se apontou a imprecisão do termo *poder de polícia*, de modo que não cabe retomar a polêmica terminológica envolvendo o instituto.

A respeito da terminologia, cabe ainda fazer um pequeno destaque que ajudará a compreender as limitações administrativas. Quando se fala em “limitações administrativas à liberdade e à propriedade” é essencial ter em mente que não se está limitando direitos, como dito anteriormente, mas apenas dando-lhes o devido contorno. Por isso, careceria de precisão utilizar expressões como limitações ou restrições *aos direitos de liberdade e de propriedade*.

Nas palavras de Fonseca Pires, “os direitos são a conformação que um dado ordenamento jurídico emprega a um valor conhecido e caro à sociedade, e tal como o define, o delinea, da maneira como traça e colore este valor, assim é tido como um direito”.⁴⁶ Vale dizer, não há que se confundir direito à liberdade e à propriedade com os valores liberdade e propriedade, vez que estes constituem as acepções que a coletividade tem sobre os conceitos de liberdade e propriedade em determinada época, enquanto que aquele trata da dimensão que a legislação atribui a esses conceitos, delimitando-os.

Assim, quando se diz que houve limitação à propriedade, delimitou-se o contorno do próprio direito. Já a restrição ao direito implica em ofensa ou sacrifício a esse direito, como é o caso, por exemplo, da desapropriação.

⁴⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Regime Jurídico das Licenças*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 31.

⁴⁶ *Limitações Administrativas à liberdade e à propriedade*, p. 109.

Outro aspecto terminológico que cabe salientar diz respeito ao uso, por parte da doutrina, de expressões como *restrições* e *limitações administrativas*, distinguindo-as entre si, como o faz José Afonso da Silva ao tratar das limitações relacionadas ao Direito Urbanístico.

O citado doutrinador considera *limitação à propriedade* um gênero do qual são espécies as restrições, as servidões e a desapropriação, de modo que essas *limitações* são concebidas como tudo que afeta qualquer dos caracteres do direito de propriedade.⁴⁷ Já as *restrições administrativas*, para o autor, “são as limitações impostas às faculdades de fruição, de modificação e de alienação da propriedade, no interesse da ordenação do território”.⁴⁸

Como é possível perceber ao longo deste trabalho, adotou-se aqui a corrente que utiliza o termo *limitações administrativas* aproximando-se do conceito de *restrições* utilizado por José Afonso da Silva. Cumpre mencionar que o doutrinador, em seu “Curso de Direito Constitucional Positivo”, expressa entendimento de que as limitações administrativas não traçam o contorno do direito de propriedade, sendo conceito externo a este, conforme se verifica pelo ensinamento transcrito abaixo:

“Limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito, e se explicam pela simples atuação do poder de polícia.”⁴⁹

Por outro lado, como já referido, as limitações administrativas, de acordo com o que aqui se concebe, constituem o contorno, o perfil do próprio direito, não se confundindo com servidões e desapropriação, institutos estes que acabam por invadir a esfera de direito dos particulares, tanto que, em geral, prevê-se uma justa indenização.

Aliás, esse é um traço importante das limitações administrativas quando comparadas à desapropriação, pois, diferentemente desta, não ensejam a possibilidade

⁴⁷ SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 393.

⁴⁸ Op. cit., p. 394.

⁴⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 282.

de indenização aos particulares afetados, até porque, como explicado, não atingem esfera de direitos, sacrificando-os, mas traçam o perfil destes.

Feitas essas breves considerações, cumpre ainda distinguir as limitações administrativas *em sentido amplo* e *em sentido estrito*. A primeira consiste na atividade da função legislativa, e a segunda, por sua vez, em uma das manifestações da função administrativa.

Nessa esteira, as limitações *em sentido amplo* dizem respeito à atividade de elaborar lei que impõe limites à propriedade privada, com base nos preceitos constitucionais, de modo a conformar a propriedade aos ditames de sua função social, definindo o próprio direito.

Já em relação às limitações administrativas *em sentido estrito*, que mais importam a este trabalho, cumpre abordar primeiro os significados de “supremacia geral” (ou “sujeição geral”) e “supremacia especial” (ou “sujeição especial”), pois, como esclarece Fonseca Pires, aquela constitui “um elemento nuclear no conceito de limitações administrativas à liberdade e à propriedade”, de tal forma que se pode “sustentar que a ‘supremacia geral’, na seara da função administrativa, é o gênero ao qual pertencem as limitações administrativas em sentido estrito”.⁵⁰

Nessa esteira, pode-se afirmar que a “supremacia especial” decorre de uma relação estabelecida entre o Estado e os administrados em razão de uma situação especial, vale dizer, um relacionamento específico travado entre essas duas partes em que o poder exercido não tem como fundamento imediato o poder de império que emana do ordenamento jurídico.

Por sua vez, a “supremacia geral” diz respeito “à relação existente entre o Estado e os administrados em razão da natural submissão que há destes últimos em relação ao primeiro, e o há com fundamento no contrato social”.⁵¹ Então, essa relação é pautada no poder de império do Estado, a ser exercido, de forma indistinta, em face de todos aqueles que se encontram sob sua égide.

⁵⁰ PIRES, *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, p. 157.

⁵¹ Op. cit., p. 162.

Em suma, “é uma relação de sujeição dispersa que há entre o Estado e os administrados e decorre da simples condição de um indivíduo encontrar-se envolto pela ordem jurídica do primeiro”.⁵² Tendo em vista esse poder de império que tem como base própria Constituição, identifica-se a “supremacia geral” como o fundamento jurídico para as limitações administrativas à liberdade e à propriedade.

Valendo-se novamente do que já foi exposto no início deste trabalho, é importante resgatar o conceito de Administração Ordenadora formulado por Carlos Ari Sundfeld. Tendo por base a definição trazida pelo autor, pode-se citar os seguintes traços característicos do instituto: (i) constitui parcela da função administrativa; (ii) vale-se do poder de autoridade; (iii) adstrito aos termos da lei; e, (iv) visa a disciplinar os comportamentos dos particulares.

Ao afirmar que a Administração Ordenadora consiste em parcela da função administrativa, retoma-se o que foi dito acima sobre essa função estatal, de modo que as demais características também lhe diz respeito. Assim, o poder de autoridade, fundamental para o exercício da Administração Ordenadora, encontra fundamento na busca pelo interesse da coletividade, tanto que se fala em um *dever-poder* no agir da Administração. Isto é, o poder a esta outorgado só tem razão de ser na medida em que cumpre seu dever de atingir o interesse público. Antes vem o dever, e depois o poder para exercê-lo.

O princípio da estrita legalidade também fica evidente na definição de Sundfeld, vez que a Administração Ordenadora só pode agir nos termos da lei.

Por fim, o administrativista traz a razão de ser da Administração Ordenadora, que consiste na disciplina do comportamento dos particulares, sempre em atendimento ao ordenamento jurídico.

Além desses traços, vale ainda mencionar outras características elencadas por Fonseca Pires no que diz respeito às limitações administrativas à liberdade e à

⁵² Op. cit., p. 163.

propriedade.⁵³ Uma delas é a de que as limitações podem fundar-se numa competência discricionária ou vinculada, mas sempre se trata de um dever, e não uma mera faculdade.

Além disso, para grande parte da doutrina, as finalidades perpetradas pelas limitações administrativas têm como característica um não fazer, já que procura com que o administrado não se comporte de forma a prejudicar a si ou a terceiros. E, ainda, a Administração, em alguns casos, e esse é um traço importante no que diz respeito à influência que exerce na vida dos particulares, pode buscar as finalidades das limitações valendo-se da auto-executoriedade, atributo do ato administrativo que permite à Administração compelir materialmente o administrado a adotar determinada conduta sem a necessidade de prévia decisão judicial que a autorize.

Feitas essas considerações acerca das limitações administrativas, vale ainda tecer breves apontamentos especificamente sobre as limitações urbanísticas, aproveitando o que aqui foi exposto.

1.4.1. Limitações urbanísticas

Em sua obra “Direito Urbanístico Brasileiro”, José Afonso da Silva aborda as limitações urbanísticas trazendo seu conceito e caracteres. É de rigor mencionar que, como já assinalado anteriormente, o doutrinador utiliza o termo *restrições urbanísticas* para expressar o tema do presente tópico. Tanto é assim que ao elaborar o seu conceito, explica que “são as limitações impostas às faculdades de fruição, de modificação e de alienação da propriedade, no interesse da ordenação do território”.⁵⁴

A esse respeito, vale sucintamente tratar no que consiste fruição, modificação e alienação da propriedade. O direito de fruição indica que o proprietário pode extrair todas as vantagens que a sua propriedade possa dar, de modo que nesse conceito são abrangidos o direito de uso da coisa e o direito de ocupação. O direito de modificação, como o nome já sugere, constitui a faculdade de modificar a coisa ou até

⁵³ Op. cit., p. 205.

⁵⁴ *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 394.

destruí-la. Já o direito de alienação consiste na possibilidade de o proprietário alienar sua propriedade.⁵⁵

Nessa perspectiva, as faculdades acima elencadas sofrem limitações, conformando o direito de propriedade cujo conteúdo mínimo deve ser preservado. Diante disso, José Afonso da Silva aponta os caracteres das por ele chamadas restrições urbanísticas, quais sejam: generalidade, executoriedade, razoabilidade e não confiscatoriedade.⁵⁶

Trazendo o conceito de limitações e aplicando-o às faculdades aqui tratadas, cabe delimitar os direitos do proprietário. Em relação à faculdade de fruição, são comuns as restrições ao uso da propriedade por meio das leis de zoneamento, que impõem “as várias categorias de uso, de sorte que o proprietário não tem o poder de dar a seu imóvel o uso que bem entender, pois, onde elas existem, há que respeitar as imposições de uso nelas previstas para cada zona”. As restrições à ocupação da propriedade dizem respeito à implantação das edificações no lote, já que não é permitido ao proprietário construir do modo que bem entende, utilizando a totalidade de seu terreno, devendo respeitar índices urbanísticos como taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, recuos, gabaritos.⁵⁷

No que diz respeito às restrições à modificabilidade da propriedade, José Afonso da Silva cita a vedação de modificação ou alteração da coisa, como ocorre nos casos em que a lei estabelece limites à atividade de parcelamento do solo para fins urbanos, impondo diretrizes em relação ao arruamento, ao loteamento, ao desmembramento e ao desdobro de lote, condicionando ainda à aprovação e autorização da Municipalidade e, dependendo do caso, de autoridades federais e estaduais.⁵⁸

Por fim, as restrições à alienabilidade da propriedade pouco são influenciadas pelas limitações urbanísticas, podendo-se citar o direito de preferência em favor da União, dos Estados e Municípios, previsto no artigo 22 do Decreto-lei n.º

⁵⁵ Op. cit., p. 394.

⁵⁶ Op. cit., p. 394.

⁵⁷ Op. cit., p. 395-396.

⁵⁸ Op. cit., p. 396.

25/1937, nos casos de bens tombados como de valor histórico, artístico, etnológico ou paisagístico.

Essas limitações urbanísticas, como não poderiam deixar de ser, devem passar por controle da Administração Pública para sua efetivação. Esse controle pode ser prévio, concomitante ou feito a *posteriori*, na forma de sanção. O controle prévio resume-se nas aprovações, autorizações e licenças; o concomitante consiste nas fiscalizações e inspeções; já o repressivo dá-se por meio de sanções administrativas contra o infrator.

Para fechar o presente tópico, cumpre mencionar ainda que as limitações urbanísticas, assim como as limitações administrativas em geral, também encontram limites, não se podendo admitir qualquer ingerência arbitrária na esfera de direitos dos administrados. Entre esses limites, o citado publicista faz referência à obrigatoriedade de as limitações urbanísticas constituírem limitações gerais, isto é, devem reunir os caracteres de generalidade, pois, do contrário, tornam-se indenizáveis.⁵⁹

Dessa forma, caso a limitação chegue a constituir sacrifício de direito do administrado, perde ela traço fundamental de generalidade, caracterizando na verdade servidão administrativa ou desapropriação (direta ou indireta), cabendo indenização àquele que teve sua esfera de direitos atingida.

⁵⁹ Op. cit., p. 397.

CAPÍTULO II – Limitações administrativas (e urbanísticas) e os direitos dos particulares

No capítulo anterior, tratou-se das limitações administrativas, bem como das urbanísticas, procurando abordar seus principais fatores legitimantes, como a supremacia geral, e dar um panorama sobre suas implicações na vida dos administrados. Agora, dá-se destaque ao âmbito de proteção dos particulares em face de eventuais excessos perpetrados contra sua esfera de direitos sob a equivocada alcunha limitações administrativas (ou urbanísticas).

Diante disso, no tópico abaixo será tratada a cláusula do devido processo legal, instituto esse fundamental na proteção em face de arbitrariedades eventualmente cometidas pelo Poder Público. Adianta-se que a pertinência de abordar referido princípio reside na constatação de que a obtenção de licença administrativa depende de prévio processo administrativo que, por sua vez, deve seguir os ditames do devido processo legal.

Conforme esclarece Márcia Walquiria Batista dos Santos ao tratar da licença, “apesar de ser emitida ao final de um procedimento ou processo administrativo não pode ser confundida com os mesmos. O procedimento ou processo representam a instrumentalidade do ato final, que é a licença”.⁶⁰

Saliente-se que essa garantia do devido processo legal também está inserida no processo administrativo e no exercício da função administrativa. A esse respeito, pertinente trazer as lições de Hely Lopes Meirelles:

“o princípio da garantia de defesa, entre nós, está assegurado no inc. LV do art. 5º da CF, juntamente com a obrigatoriedade do *contraditório*, como decorrência do *devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV), que tem origem no *due process of law* do Direito Anglo-Norte-Americano. “Por *garantia de defesa* deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. (...)”

⁶⁰ SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Licença Urbanística*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 85.

“Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do *devido processo legal*, ou, mais especificamente, da *garantia de defesa*.”⁶¹

No mesmo sentido, transcrevem-se ainda os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover:

“O processo civil moderno é banhado pela *cláusula do devido processo legal*, assegurada expressamente pela CR (art. 5º, LIV), vista, como já tive oportunidade de afirmar, não apenas sob o enfoque individualista da tutela de direitos subjetivos das partes, mas sobretudo como conjunto de garantias objetivas do próprio processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição e do poder, de um modo geral. Tais considerações, cumpre desde logo observar, são igualmente válidas para o âmbito administrativo (certo que com as peculiaridades de que se reveste essa função estatal), quer pela expressa previsão do texto constitucional, quer pela ênfase que vêm recebendo da autorizada doutrina a ‘processualidade’ do direito administrativo.”⁶²

Nessa linha, passa-se a discorrer sobre essa fundamental garantia, trazendo sua origem histórica e fazendo uma breve análise entre o devido processo legal em sua noção substancial e o princípio da proporcionalidade.

2.1. O princípio de devido processo legal: origem e evolução

O devido processo legal constitui princípio fundamental do processo civil, previsto na Constituição Federal pelo art. 5º, inciso LIV, e é a base sobre a qual todos os outros princípios e regras do processo se sustentam. Dele decorre, por exemplo, a publicidade dos atos processuais, o contraditório e a ampla defesa, a impossibilidade de utilizar-se prova obtida por meio ilícito, a exigibilidade de motivação, o postulado do juiz natural e do procedimento regular.

De acordo com Nelson Nery Junior, já seria suficiente a Constituição ter adotado o princípio do devido processo legal para que restassem asseguradas todas as

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 689-691. (itálico no original)

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito à prova no âmbito administrativo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual*. Número 20, set./out. 2007, p. 26.

garantias e direitos às partes em um processo. “É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”.⁶³

José Carlos Barbosa Moreira ensina que o art. 5º, inciso LIV, deve ser considerado como “norma de encerramento”, cabendo sua invocação em questões não cobertas por outras disposições, “quando se cuidar de exigência indispensável ao desenvolvimento correto do processo, capaz de levá-lo a resultado presumivelmente justo”.⁶⁴

O *due process of law* compreende o direito ao procedimento adequado, no entanto, isso não quer dizer que serve tão somente aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos destas, mas configura, “antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição”.⁶⁵

O princípio ora em estudo encerra a ideia de que qualquer ato que constitua invasão à esfera de direitos de uma pessoa somente será levado a efeito se a lei previamente assim estabeleceu. Constitui, como já afirmado anteriormente, um princípio que visa combater qualquer sorte de arbitrariedade. Ao estudar a origem e evolução do devido processo legal, Carlos Roberto de Siqueira Castro sustenta que esse princípio, por sua natureza contrária ao arbítrio dos governantes, investiu-se no papel de “verdadeiro termômetro da validade dos atos estatais nas nervosas relações entre ‘Estado-indivíduo’ e ‘Estado-sociedade’”.⁶⁶

O princípio do devido processo legal tem origem na Idade Média e foi previsto na Magna Carta de 1215, que constituiu uma conquista dos barões feudais ingleses junto ao rei João “Sem Terra”. Sua acepção inicial tinha o objetivo de limitar as

⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal – Processo civil, penal e administrativo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 77.

⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A constitucionalização do processo no direito brasileiro”, *Estudos de Direito Processual Constitucional – Homenagem Brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito*, MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (coordenadores), São Paulo, Editora Malheiros, 2009, p. 54.

⁶⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Editora Malheiros, 2006, p. 36.

⁶⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, p. 6.

ações reais, mas no decorrer da história foi se transformando em uma garantia às liberdades fundamentais do indivíduo frente ao Estado, tanto que se traduziu em um importante instrumento aos cidadãos no Estado liberal e ao advento dos chamados direitos de 1ª Geração.

Na Magna Carta, sob inspiração jusnaturalista, o devido processo legal veio inscrito sob a locução *law of the land*, previsto no seu art. 39. Esse dispositivo buscava assegurar, conforme previsão expressa, a inviolabilidade de direitos relativos à vida, à liberdade e à propriedade, de modo que só poderiam sofrer limitações em decorrência de princípios e costumes jurídicos consagrados pelo *common law*.

Anota Siqueira Castro que referida cláusula, de enorme relevância político-constitucional nas instituições saxônicas, ingressou desde o primeiro instante nas colônias inglesas da América do Norte.⁶⁷ Diante de seu caráter protetivo em face de arbitrariedades do Poder Público, o devido processo legal foi incorporado às 5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América.

Esse ímpeto de dar proteção ao cidadão frente às ingerências do Poder Público, tão característico do Estado liberal, encontra origem também na aversão que os estadunidenses possuíam, tanto no período colonial quanto após a independência, ao Poder Legislativo, haja vista a conduta repressora do parlamento inglês, que por meio de seus atos trazia fortes prejuízos econômicos às então colônias.

Tanto é assim que as três primeiras palavras da Constituição dos Estados Unidos (*We The People*)⁶⁸ trazem a ideia de que o governo existe para servir seus cidadãos, e essa supremacia do povo em relação aos seus representantes eleitos é reconhecida já no artigo 1º do Texto.

Por outro lado, a evolução constitucional britânica, que desde a Carta Magna de 1215 até a Revolução Gloriosa de 1688 pautou-se na resistência do

⁶⁷ Op. cit., p. 8.

⁶⁸ “These words did more than promise popular self-government. They also embodied and enacted it. Like the phrases ‘I do’ in an exchange of wedding words and ‘I accept’ in a contract, the Preamble’s words actually performed the very thing they described.” (AMAR, Akhil Reed. *America’s Constitution – A Biography*, New York City, Ramdon House, 2006, p. 5).

parlamento contra a autoridade monárquica, acabou desaguando na supremacia parlamentar, “vista lá como símbolo do regime democrático da maioria e, quando depois alcançado o sufrágio universal, como afirmação do próprio povo contra o arbítrio da monarquia”.⁶⁹

No entanto, essa supremacia do Parlamento inglês não saiu, e nem mesmo sai, livre de críticas. Já nos séculos XVI e XVIII, Sir Edward Coke imprimiu esforços para que fosse permitido às Cortes controlar atos do Legislativo. No célebre *Dr. Bonham’s case*, Coke entendeu que a penalidade aplicada ao Dr. Bonham pela Academia Real de Medicina era inválida, tendo em vista que a esta última era revertida parte da pena pecuniária, não sendo permitido, sustenta Coke, a ninguém ser juiz em causa própria sob o risco de ofender o *common law and reason*.

Em determinado trecho de sua decisão, Coke revela seu anseio pelo controle dos atos do Parlamento: “*And it appears in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void.*”⁷⁰

No entanto, apesar dos esforços de Coke, prevaleceu a ideia da supremacia parlamentar, de modo que os atos legislativos não seriam objeto de controle pelo Poder Judiciário. Essa concepção encontra guarida no sistema constitucional britânico, vez que sua Constituição é flexível, de modo que não há um poder de reforma da Constituição diverso do poder legislativo ordinário.

Apenas recentemente, com o advento da União Europeia, o Judiciário inglês, no caso *R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport*, reconheceu seu poder de restringir a aplicação de um ato do Parlamento quando este se mostra contrário

⁶⁹ Siqueira Castro complementa ainda que o “Parlamento reluzia, assim, aos olhos de um inglês, como a casa da liberdade e das grandes aspirações da sociedade.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, op. cit., p. 12).

⁷⁰ Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/print_documents/amendV_due_process1.html

às normas da União Européia.⁷¹ No entanto, ainda é cedo para afirmar se tal posicionamento será uma tônica da recém-criada Suprema Corte britânica.

A despeito de o julgado de Sir Edward Coke não ter repercutido na Inglaterra, seu conteúdo ecoou nas colônias da América do Norte, muito em razão da já citada aversão que os cidadãos dessas colônias tinham em relação ao Parlamento britânico. Esse tema será melhor abordado mais adiante, quando se analisará o devido processo legal em sua dimensão substantiva e surgimento do *judicial review*.

Por ora, desse breve histórico acerca do *due process* verifica-se o forte ímpeto de se coibir arbitrariedades do Estado. Referida cláusula exige não apenas um “procedimento” a ser adotado para que se chegue a uma decisão final, mas sim um verdadeiro “processo”, provido com todas as garantias inerentes ao processo justo, como o contraditório e a ampla defesa. E tais garantias só serão efetivamente respeitadas quando existir um conjunto de formalidades previamente estatuídas, de modo que as partes tenham prévio conhecimento das condicionantes do exercício da jurisdição.

2.1.1. O devido processo legal substancial

Conforme já adiantado, o princípio do devido processo legal também possui sua dimensão substancial que, assim como o aspecto processual, também visa evitar arbitrariedades. No entanto, enquanto que a dimensão processual do princípio aqui analisado tem por objeto as regras procedimentais (regras formais do processo), a dimensão substantiva pressupõe a possibilidade de controle de regras legais quando detentoras de disposições absurdas ou não razoáveis.

Marcelo Bonício, tratando do processo judicial, explica que o substantive *due process of law* é utilizado de modo a permitir ao juiz que promova o controle da

⁷¹ Esse debate acerca da possibilidade de controle dos atos do Parlamento pelo Judiciário também é amplamente abordado pela doutrina: “*It is ultimately for the courts to determine the validity of statutes in accordance with the principle of equality and with due regard for the other essential constituents of the rule of law. There must be an appropriate reconciliation between the legislative sovereignty of Parliament, as the supreme law-maker, and the legal sovereignty of the courts, as the final arbiters of the law in particular cases.*” (ALLAN, Trevor. *Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law*, Oxford University Press, 2001, p. 3)

razoabilidade das leis, englobando a sua elaboração, senso de justiça e enquadramento nos preceitos constitucionais.⁷² Essa definição trazida por Bonício encontra respaldo na jurisprudência americana.

Os primeiros julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos que aplicaram a cláusula do devido processo legal limitaram-se a proceder a um controle meramente processualístico, negando qualquer dimensão substancial a essa garantia constitucional. Ocorre que, diante do já tratado repúdio americano à onipotência e arbitrariedade do legislativo, passou-se a utilizar o devido processo legal como instrumento de controle do mérito dos atos normativos.

Assim, a arbitrariedade dos legisladores não escapou do controle do Poder Judiciário. Aliás, esse controle encontra fundamento na própria Constituição, vez que suas já mencionadas primeiras palavras (*We the people*) indicam, antes de mais nada, a soberania do povo, cuja vontade está expressa nesse texto supremo.

Não poderia, então, o Legislativo editar leis arbitrárias que contrariassem a vontade do povo. Conforme sustenta, a respeito do tema, Alexander Hamilton, no Capítulo LXXVIII da obra *The Federalist Papers*, não se está supondo a superioridade do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo, mas apenas que o poder do povo é superior a ambos.⁷³

Nesse sentido, a Suprema Corte americana, influenciada também pelos julgados de Sir Edward Coke, lançou mão do devido processo legal substancial para limitar a função legislativa quando esta se mostrar contrária à Constituição por estar desprovida de racionalidade e justiça.

⁷² BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo – A Garantia Constitucional da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais*. São Paulo, Editora Atlas, 2006, p. 32.

⁷³ “Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both, and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws rather than by those which are not fundamental.” MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalists Papers*, New York City, Penguin Books, 1987, p. 439).

Esse modo de atuar da Suprema Corte, pautado nos valores da liberdade e da riqueza, “que Tribunal Maior dos Estados Unidos passou a vislumbrar na cláusula do *due process of law* a fórmula feita ‘sob medida’ para patrocinar a expansão da *judicial review*”, culminando no famoso caso *Marbury v. Madison*.⁷⁴

Portanto, tendo em vista que na cláusula do devido processo legal estão inseridos valores como razoabilidade, vedação à arbitrariedade e justiça, estendeu-se sua aplicação também a todos os atos emanados por qualquer dos Poderes do Estado.

2.2. O princípio da proporcionalidade

Passa-se a tratar agora do princípio da proporcionalidade. Muito embora o objeto específico deste capítulo consista no princípio do devido processo legal, analisar o princípio da proporcionalidade faz-se fundamental diante da sua proximidade com a dimensão substancial do *due process of law*.

Diferentemente deste último, que tem origem no *common law*, o princípio da proporcionalidade, nos moldes estruturados atualmente, encontra sua origem, no direito alemão, “na exigência de necessidade ou de indispensabilidade dos meios, já observada no direito prussiano de polícia do final do século XVIII”.⁷⁵

Conforme noticia Paulo Bonavides, sua aplicação é frequente tanto pela jurisprudência constitucional de vários países da Europa quanto por órgãos da Comunidade Europeia. No campo doutrinário, busca-se consolidar esse princípio como regra fundamental de apoio e proteção aos direitos fundamentais, tornando a proporcionalidade um princípio essencial da Constituição.⁷⁶ No direito brasileiro, a proporcionalidade não existe enquanto regra geral de direito escrito, mas se encontra de forma esparsa no texto constitucional.

O princípio da proporcionalidade, apesar de não acolhido de maneira expressa pela Constituição Federal, é mencionado, ao menos duas vezes, na legislação

⁷⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, op. cit., p. 47.

⁷⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Editora Malheiros, 2006, p. 42.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Malheiros, 2006, p. 396.

brasileira: o art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo adota o princípio da razoabilidade (há quem sustente tratar-se de princípio equivalente ao da proporcionalidade); e, o art. 2º da Lei Federal n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal. Apesar de não ter previsão expressa na Constituição, explica Marcelo Bonício que o princípio da proporcionalidade acaba ainda por encontrar abrigo na cláusula do devido processo legal, que serve como garantia de fundo e lhe dá sustentação jurídica.⁷⁷

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional, afirma ainda Paulo Bonavides, dá-se por via dos direitos fundamentais, auferindo prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais. Amparando esses direitos fundamentais, o princípio ora em análise compreende o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual.⁷⁸

Nessa linha, é da sua essência coibir arbitrariedades e proteger a liberdade do cidadão, de forma que haverá sua violação quando os meios empregados para alcançar determinado fim não são os mais apropriados ou se mostram desproporcionais para atingir esse fim almejado.

Com o intuito de entender melhor o conteúdo do princípio da proporcionalidade, é importante trazer seus elementos parciais ou subprincípios que a jurisprudência e doutrina alemãs majoritárias elencam: adequação (pertinência ou aptidão), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, para verificar se determinado ato é ou não proporcional, há que se realizar sucessiva e individualmente o exame desses três subprincípios.

Assim, determinado provimento estatal mostra-se adequado quando sua utilização favorecer o alcance do resultado desejado. Nesse primeiro exame da proporcionalidade, não se exige que o meio utilizado seja o mais adequado ou o melhor possível, bastando que seja suficiente para o alcance do objetivo. Do mesmo modo, não

⁷⁷ Op. cit., p. 34.

⁷⁸ Op. cit., p. 395.

é obrigatória a efetiva realização do fim perseguido, mas se exige que *a priori* a medida seja suscetível de alcançar esse mesmo fim.⁷⁹

Entretanto, pode ocorrer que as medidas adequadas para o alcance de determinado fim revelem-se indevidamente onerosas e opressoras para com o cidadão, se comparadas a outras com similar aptidão. Diante disso, surge o subprincípio da necessidade, que determina que a medida não exceda os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. Vale dizer, o provimento estatal só se mostra legítimo quando, dentre os vários outros existentes que poderiam atingir a meta perseguida, representar o meio menos oneroso ou lesivo.

Em suma, pelo subprincípio da necessidade, impõe-se a escolha do meio idôneo cuja adoção implique a menor consequência negativa, menor prejuízo, para o particular.

Por fim, feitos os exames da adequação e da necessidade, deve-se analisar a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse último momento de avaliação da concretização do princípio da proporcionalidade *lato sensu*, há uma valoração comparativa em relação aos bens jurídicos sacrificados. Isto é, a gravidade da intervenção e a importância das razões que justificam devem manter uma proporção adequada entre si, de modo que a escolha sobre o meio que leve mais em conta o conjunto de interesses em jogo.⁸⁰

De acordo com Marcelo Bonício, muito embora o princípio da proporcionalidade seja insuscetível de fundamentação racional, pois, até por conter os elementos elencados acima, sempre dependerá de uma análise final para que se possa dizer se ele foi observado ou não, por outro lado, “os seus subprincípios se apresentam, praticamente como regras jurídicas, na medida em que permitem saber, *a priori*, se determinada situação está, ou não, de acordo com seus fundamentos”.⁸¹

⁷⁹ José Roberto Pimenta Oliveira complementa que “se a medida for *in totum* inepta para a consecução da finalidade proposta, é considerada inválida, da mesma forma que, revelando-se *a posteriori* absolutamente inidônea, o princípio exige a invalidação da mesma.” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, op. cit., p. 51).

⁸⁰ Op. cit., p. 55.

⁸¹ Op. cit., p. 24.

Dessa forma, os subprincípios apresentam valorosa função, pois permitem verificar com melhor precisão o processo argumentativo que levou o julgador, por exemplo, a aplicar o princípio da proporcionalidade. Dessa forma, privilegia-se a motivação, de modo a diminuir riscos de arbitrariedades e subjetivismos, o que dá maior grau de legitimidade à decisão.

Fazendo uma comparação com o devido processo legal substantivo, cuja origem já se mostra distinta, a aplicação do princípio da proporcionalidade passa por um exame mais apurado, pois exige a demonstração da análise do caso com base nos seus subprincípios, de sorte que ganha enorme importância na proteção contra arbitrariedades e subjetivismos.

Agustín Gordillo, inclusive, ao tratar do princípio ora em análise, restringindo-o mais no que se refere à proporcionalidade entre os meios que o ato adota e os fins que persegue a lei, salienta que seria nulo o ato administrativo que carece dessa proporcionalidade.⁸²

O doutrinador argentino ainda ressalta que o ato desproporcional pode revestir-se de arbitrariedade, não necessariamente de um desvio de finalidade perpetrado pelo agente público:

“La desproporcionalidad en el acto administrativo es un vicio del objeto, sin perjuicio de que pueda también aparecer como una forma de arbitrariedad y entonces como vicio de la voluntad. En el caso que consideramos, no se trata necesariamente de un vicio de desviación de poder, pues el funcionario actúa con la misma finalidad prevista por la ley, sólo que excediéndose en los medios empleados. (...)”
 “La falta de proporcionalidad entre el objeto del acto y los fines previstos en la ley vicia el acto; también lo vicia un exceso entre lo que el acto decide y los hechos que lo motivan.”⁸³

Por essas lições de Gordillo é possível verificar a amplitude da aplicação da proporcionalidade, de modo que o ato administrativo mostrar-se-á legítimo apenas

⁸² GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 3, p. VIII-15.

⁸³ Op. cit., p. VIII-16.

quando configurado proporcional, protegendo-se, assim, o administrado contra eventuais arbitrariedades perpetradas pela Administração Pública.

O princípio da proporcionalidade, aliás, possui importante controle, muito embora pouco utilizado, no que diz respeito à legitimidade da conformação/restrrição do direito de propriedade, conforme explica Gilmar Ferreira Mendes *et al*:

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.”⁸⁴

Dessa forma, pela aplicação do princípio aqui em referência, torna-se ilegítima a restrição imposta pelo legislador que atinge a liberdade e a propriedade além do estritamente necessário.

⁸⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 487.

CAPÍTULO III – Licenças administrativas

O presente capítulo passa agora a tratar especificamente das licenças, procurando inicialmente traçar de forma sucinta o seu regime jurídico. Em seguida, serão objeto de estudo as licenças urbanísticas, que constituem, na verdade, espécie do gênero licença.

O que até agora foi aqui tratado servirá como base para discorrer sobre o tema central do trabalho. Assim, a compreensão do ato administrativo licença depende de prévio conhecimento de conceitos como, por exemplo, função administrativa. Cabe trazer novamente os pertinentes ensinamentos de Agustín Gordillo:

“Por ello partimos de la base de que la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa. Adherimos al concepto de que acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce.”⁸⁵

Impõe-se, então, analisar essas manifestações do exercício da função administrativa.

3.1. Breve panorama do regime jurídico das licenças administrativas

Com o intuito de iniciar a análise pertinente a este capítulo, parte-se de um primeiro conceito formulado por Luis Manuel Fonseca Pires:

“Conceituamos o gênero licença como o ato administrativo vinculado por meio do qual a Administração Pública declara um direito subjetivo preexistente como condição ao seu exercício.”⁸⁶

A partir dessa definição é possível retirar características da licença. Antes disso, porém, vale estabelecer apenas uma comparação com outros institutos semelhantes, mas que não se confundem, como é o caso da autorização e da permissão, espécies de atos administrativos.

⁸⁵ Op. cit., p. I-10.

⁸⁶ *Regime jurídico das licenças*, p. 18.

A autorização consiste em ato administrativo de competência discricionária, precário, pelo qual o Poder Público faculta o uso de um bem público ou o exercício de uma atividade material. Já a permissão é ato administrativo também de competência discricionária, precário, que por meio do qual o Poder Público faculta o uso de um bem público ou, revestindo-se de aspecto vinculado, faculta a responsabilidade pela prestação de um serviço público.

Comparando essas definições com o conceito de licença, a principal distinção desta com a autorização e a permissão diz respeito à liberdade da Administração no seu exercício, pois as duas últimas constituem, via de regra, atos discricionários, enquanto que a licença é vinculado.

No que se refere à estabilidade do ato, autorização e permissão têm caráter precário, já a licença comporta caráter de definitividade, como será melhor abordado mais adiante.

Feita essa breve comparação, debruça-se novamente sobre o ato administrativo licença. Ela pode ser produzida tanto numa relação de sujeição geral quanto de sujeição especial. Este último caso pode ser verificado na hipótese de um servidor público que faz jus à licença-prêmio. Mas as licenças são usualmente utilizadas em relações de sujeição geral, para o exercício das limitações administrativas, como se verifica com as licenças urbanísticas e ambientais.

Outro ponto relevante a ser abordado, na verdade fundamental para este estudo, diz respeito à natureza jurídica da licença. Há discussão doutrinária para definir se a licença é ato constitutivo ou declarativo de direito. A esse respeito, reporta-se novamente aos esclarecimentos de Fonseca Pires:

“A licença é verdadeiro ato-condição para o exercício de um direito pré-existente que, por meio da própria licença, é reconhecido (declarado) e acrescido que por estarem preenchidos certos requisitos (a depender de qual licença se trate e de sua regulamentação normativa) é possível a realização material deste direito.”⁸⁷

⁸⁷ Op. cit., p. 21.

No mesmo sentido, Márcia Walquiria Batista dos Santos explica que, ao conceder uma licença, a Administração Pública apenas analisa a presença dos elementos exigidos em lei para sua expedição, o que confirma o caráter vinculado do ato. Desse modo, “não tem a licença a natureza de constituir direitos, apenas de declarar direitos subjetivos preexistentes. A nosso ver”, continua a autora, “talvez seja esta a grande diferença entre a licença e a autorização, a qual, ao criar direito novo, assume efeitos constitutivos.”⁸⁸

Também nessa perspectiva, vale trazer os ensinamentos de Tomás-Ramón Fernández:

“En realidad, el propietario tiene un derecho preexistente, el de propiedad, cuyo despliegue efectivo viene condicionado por la Ley al cumplimiento de ciertos deberes (de cesión, equidistribución y urbanización). Satisfechas estas condiciones, se consolida el aprovechamiento inherente a la titularidad dominical y el propietario puede ya materializarlo en los términos previstos por el Plan. El derecho a edificar no se concede, pues, por la licencia, se tiene ya desde el momento en que se cumplen en plazo los deberes legales, si bien para su ejercicio concreto es preciso superar el control preventivo en que todo mecanismo autorizatorio consiste.”⁸⁹

De acordo com essa linha de pensamento, no ato de expedição de licença já se verifica um direito preexistente, mas não exequível, de sorte que a licença não gera direitos, mas os declara exequíveis. Em suma, as licenças apenas dão concretude a um comando expresso em lei, cabendo ao Poder Público analisar a situação concreta para constatar se se ajusta à previsão normativa, o que justifica, como assinala Fonseca Pires, “que o pedido intempestivo da licença (após o lapso previsto em lei, ou porque a lei que previa a sua possibilidade foi revogada), seja indeferido quando não houver, por ocasião de seu requerimento, a compatibilidade normativa necessária à sua emissão”.⁹⁰

Por outro lado, Carlos Ari Sundfeld defende que as licenças são atos administrativos constitutivos de direito. Para refutar a tese contrária acima exposta, o administrativista faz referência à licença para construir. Assim, tendo em vista que o

⁸⁸ Op. cit., p. 71.

⁸⁹ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Manual de Derecho Urbanístico*. Madrid: Publicaciones Abella, 2001, p. 206.

⁹⁰ *Regime jurídico das licenças*, p. 22.

proprietário é legalmente proibido de edificar sem a prévia obtenção de licença, não seria possível sustentar que o ato que faculta o início da construção seja meramente declaratório. Num primeiro aspecto, o ato é recognitivo de direito, pois sua expedição pressupõe a verificação, pelo Poder Público, do atendimento dos requisitos legais para o proprietário ver deferida a licença. Todavia, o ato administrativo também tem um traço constitutivo, já que atribuiu ao proprietário a faculdade de iniciar as obras, o que não possuía antes.⁹¹

Nesse sentido, Sundfeld explica que “o proprietário tem, desde logo, pelo fato de sê-lo, apenas o direito ao deferimento do pedido de licença, não o direito de construir. Esse último só surgirá após o ato administrativo que, destarte, é constitutivo do direito”.⁹²

Pelo que se depreende do que foi citado acima, pode-se afirmar que Sundfeld considera que existe o direito preexistente por parte do proprietário de ver deferido o seu pedido de licença. Haja vista que a licença em comento diz respeito à construção, seria incorreto sustentar, por esse entendimento, que a licença seria mero ato declaratório, pois não estaria configurado desde já, pelo simples fato de ser proprietário, o direito de construir.

Ambos os posicionamentos possuem coerência interna e seus raciocínios são providos de lógica. A diferença é que o primeiro, defendido por Fonseca Pires e Márcia dos Santos, considera que o direito de construir existe independentemente da licença, mas é esta que o torna exequível; já pela teoria defendida por Sundfeld o proprietário não possui de plano o direito de construir, apenas o direito ao deferimento de sua licença.

Traçada essa discussão sobre a natureza jurídica da licença, cabe abordar agora sobre a liberdade do ente público no exercício de sua competência na prática do ato. Vale dizer, se a licença constitui ato administrativo vinculado ou se é praticada no exercício de competência discricionária. A esse respeito a doutrina não trava maiores embates e confirma tratar-se de ato vinculado.

⁹¹ Op. cit., p. 43.

⁹² Op. cit., p. 43.

Por configurar-se ato vinculado, Márcia dos Santos afirma que o particular possui “verdadeiro direito subjetivo na obtenção da licença, razão pela qual a expedição da mesma resulta da prática de um ato administrativo vinculado”.⁹³

A despeito disso, é importante trazer consideração de Sundfeld acerca do tema. Explica o jurista que, em muitos casos, há vinculação total do administrador em praticar o ato, como na hipótese da licença de construção, em que lhe cabe apenas conferir objetivamente medidas, recuos, volumes. Diante disso, continua o doutrinador, costuma-se atribuir ao provimento administrativo caráter meramente declaratório, em que se limitaria a reconhecer um direito preexistente.⁹⁴

Ocorre que há situações em que a Administração também não dispõe em concreto de qualquer espécie de discricionariedade na produção do ato, o que afasta, de certo modo, da tipologia clássica das licenças, mas mesmo assim se torna impossível reconhecer direito preexistente em favor do particular.

Para ilustrar essa questão, Sundfeld traz o seguinte exemplo: uma lei que proíbe a construção de shopping centers na cidade também prevê a possibilidade de a Administração permiti-la se a via pública onde se situar o terreno não tiver trânsito saturado. Em um terreno com poucos prédios ao redor, sendo nulo o trânsito, o proprietário A seria autorizado a construir, hipótese em que a decisão é vinculada. Já o proprietário B, pretendendo o mesmo logo em seguida, veria negada sua pretensão por conta do saturamento existente.⁹⁵

Nas palavras do autor, esse exemplo “mostra que vinculação administrativa e direito preexistente não são realidades que caminhem sempre juntas”. Muito embora, nesse caso, a Administração não emita um juízo volitivo, tem que avaliar outros elementos que escapam ao controle do proprietário e pelos quais ele não é responsável, como o trânsito da cidade. “Por isso”, complementa o administrativista, “não se pode visualizar um direito de construir centros comerciais previamente

⁹³ Op. cit., p. 70.

⁹⁴ Op. cit., p. 47.

⁹⁵ Op. cit., p. 47.

incorporado à esfera jurídica do proprietário (seria um curioso direito, que entra e sai do patrimônio do particular na dependência das condições do trânsito urbano!)”.⁹⁶

Diante disso, Sundfeld avalia que se faz necessário distinguir ao menos dois tipos de atos ordenadores ampliativos de direito privado, praticados sem qualquer discricionariedade: “a) ato em cuja emanção o Poder Público deve analisar apenas condições próprias do sujeito ou do objeto a que a atividade se refere, para verificar se correspondem à exigidas pela lei (caso da típica licença para construir); e b) ato em cuja produção a Administração analisa, não só as condições do sujeito ou do objeto, mas também dados externos a eles”.⁹⁷

Então, pela linha de raciocínio de Sundfeld o caráter vinculado da expedição do ato não indica necessariamente um direito preexistente, o que afastaria ainda a tese de que a licença consistiria em ato declaratório de direito.

Em consonância com o exercício vinculado na expedição da licença, este ato administrativo comporta também um caráter de definitividade, de modo que não cabe à Administração, em princípio, retirar unilateralmente a licença de seu titular. Assim, a licença não possui caráter precário, como ocorre nos casos da autorização e da permissão.

Cumprе mencionar que essa definitividade pode sofrer temperamentos. Conforme explica Fonseca Pires, “diante de um caso concreto no qual haja um conflito de princípios que resulte em conferir primazia ao interesse público, pode haver, excepcionalmente, a extinção de uma licença antes do seu turno”.⁹⁸ Todavia, em hipóteses como essa, configura-se evidente sacrifício de direito do administrado, fazendo este jus a prévia e justa indenização.

A licença constitui ainda ato unilateral, individual, simples e negocial. Unilateral porque exige a manifestação do Poder Público, que emite uma decisão final no processo administrativo. Individual por destinar seus efeitos a um sujeito certo, qual

⁹⁶ Op. cit., p. 47.

⁹⁷ Op. cit., pp. 47-48.

⁹⁸ *Regime jurídico das licenças*, p. 20.

seja, àquele que requisitou a licença. Simples porque resulta da decisão de um órgão. E negocial já que sua expedição depende de provocação do particular e sua emissão, da manifestação da Administração.

Em resumo, considerando o que foi exposto no presente tópico, licença constitui uma das formas de manifestação das limitações administrativas à liberdade e à propriedade e, por isso mesmo, usualmente é utilizada em relações de sujeição geral. Consiste em ato administrativo vinculado, definitivo (em regra), individual, simples, unilateral, havendo debate doutrinário acerca de sua natureza jurídica, vale dizer, se declaratório ou constitutivo de direito.

3.2. Licença urbanística

Feitas as considerações acima acerca das licenças administrativas, cabe agora tratar especificamente das licenças urbanísticas, haja vista que esta é uma espécie daquela, como visto anteriormente. A despeito disso, a licença urbanística possui suas peculiaridades e características próprias, o que justifica seu estudo isolado.

Antes disso, porém, é fundamental analisar, ainda que brevemente, o atual estágio do Direito Urbanístico e a configuração do princípio da função social da propriedade, vez que esses temas auxiliarão na compreensão das dimensões que a licença urbanística alcança na esfera de direitos do administrado.

3.2.1. Autonomia do Direito Urbanístico e a função social da propriedade

Por um bom tempo, o Direito Urbanístico foi visto pela doutrina como parte do Direito Administrativo, não possuindo autonomia dogmática e científica. No entanto, essa visão mais tradicional tem sido objeto de críticas, e atualmente parte considerável da doutrina reconhece a autonomia desse ramo do direito.

Conforme explica Alexandre Levin, a corrente doutrinária mais tradicional, a despeito de o Direito Urbanístico possuir normas principiológicas

próprias, entende que esse ramo “permanece como um conjunto de normas pertencentes à parte especial do direito administrativo”.⁹⁹

Por outro lado, uma tendência doutrinária mais atual sustenta que, por possuir um objeto específico e princípios próprios a ele aplicáveis, o Direito Urbanístico detém autonomia científica.

Adotando essa segunda corrente, Levin assinala que a autonomia jurídico/positiva do Direito Urbanístico na ordem jurídica nacional é verificada por “um subgrupo de normas (regras e princípios) que regula a atividade urbanística, tanto aquela praticada pela Administração – no exercício da *função urbanística* – quanto a desempenhada por particulares, ainda que sempre sob a direção do Poder Público”.¹⁰⁰ Explica o autor que essa conclusão é feita a partir da própria Constituição Federal, que em seu art. 24, inciso I, atribui à União, Estados e Distrito Federal a competência de legislar concorrentemente sobre Direito Urbanístico, conferindo autonomia a esse ramos do Direito.

Em relação à autonomia científica, Levin explica que ela se justifica diante da existência de princípios que são próprios do Direito Urbanístico. Vale dizer, a atividade urbanística também é regulada por princípios de outros ramos do Direito Público, tanto que o regime jurídico-administrativo deve ser respeitado quando da expedição de atos administrativos no exercício da função urbanística.¹⁰¹ Entretanto, podem ser elencados inúmeros princípios que visam especificamente à preservação da ordem urbanística, dentre eles o do urbanismo como exercício da função pública, do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, do direito a cidades sustentáveis, da reserva de planos, da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação, da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística.

A respeito dessa interação entre o Direito Urbanístico e outros ramos do Direito Público, ensina Levin:

⁹⁹ LEVIN, Alexandre. *Operação urbana consorciada: concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 10.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 12.

¹⁰¹ Op. cit., p. 15.

“Portanto, a disciplina da atividade do Estado em matéria urbanística não pode prescindir dos princípios que regem a função administrativa como um todo. Mas isso não afasta a possibilidade de ser reconhecida a autonomia científica do direito urbano, posto que, na realidade, a comunhão de princípios ocorre entre todos os ramos do direito público.”¹⁰²

Feitas essas considerações, cabe trazer agora o conceito de Direito Urbanístico formulado por Ramón Parada:

“El Derecho urbanístico es el conjunto de normas reguladoras, *grosso modo*, de los procesos de ordenación del territorio y su transformación física a través de la urbanización y la edificación. Son, por tanto, objeto de su regulación potestades públicas muy claras, como la de ordenar el conjunto del territorio, la urbanización y la intervención administrativa en el *ius aedificandi*, es decir, en el derecho del propietario de transformar el propio fundo mediante la construcción de edificaciones para vivienda, industria u otras finalidades.”¹⁰³

Nesse sentido, o Direito Urbanístico, como também aponta José Afonso da Silva, tem por objeto regular o planejamento urbano, o uso e a ocupação do solo, as áreas de interesse social, a ordenação urbanística da atividade edilícia e a utilização de instrumentos de intervenção urbanística.¹⁰⁴

Analisando os aspectos que procura disciplinar, não é difícil identificar o relevante papel que o princípio da função social da propriedade exerce. O próprio planejamento urbano com o seu zoneamento já evidencia a necessidade de a propriedade privada adequar-se à ordem urbanística, que visa a atender interesses da coletividade. De acordo com Luciano Parejo Alfonso, “la zonificación, que obviamente es una decisión pública a la vista de los intereses colectivos o del conjunto de la ciudad, constituye el definitivo triunfo de la prevalencia de éstos sobre los propios de todos y cada uno de los titulares de derechos”.¹⁰⁵

¹⁰² Op. cit., p. 18.

¹⁰³ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo. Bienes Públicos, Derecho Urbanístico*. Vol. III, Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 298.

¹⁰⁴ SILVA, *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 38.

¹⁰⁵ ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Urbanístico. Instituciones básicas*. Mendoza: Ediciones Ciudad Argentina, 1986, p. 10.

Em outra passagem, o administrativista espanhol esclarece que a história do urbanismo implica também a história e evolução da instituição capital no que diz respeito ao uso, fruição e disposição de bens imóveis, qual seja, a propriedade.¹⁰⁶ Dessa forma, torna-se imprescindível tecer breves comentários sobre a função social da propriedade.

Referido princípio encontra assento constitucional no art. 5º, inciso XXIII, que estabelece que a “propriedade atenderá a sua função social”, tendo o Texto Magno ainda reafirmado que a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (art. 170, incisos II e III).

A despeito de o princípio da função social assinalar que a propriedade privada não pode ser utilizada pelo seu detentor da maneira que bem entender, sugerindo constituir-se como limitações administrativas, não se confunde com estas. Conforme lição de José Afonso da Silva, a “função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”.¹⁰⁷

Vale dizer, a função social insere-se na própria configuração estrutural do direito de propriedade,¹⁰⁸ e esse conceito tem evoluído ao longo da história. No século XVIII, época em que o Estado possuía uma conjuntura mais liberal, impulsionada principalmente pela Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, o direito à propriedade assumia uma feição mais voltada ao próprio proprietário, de modo que a interferência do Poder Público era demasiadamente limitada. Faz-se referência aos chamados Direitos de 1ª Geração, pautados em uma posição de abstenção do Estado ante as atividades dos particulares.

Esse papel negativo da atuação estatal, típico da ideologia liberal, sofreu rupturas já no século XIX no contexto das Revoluções Industriais e do surgimento dos movimentos socialistas, de forma que atualmente o princípio da função social da

¹⁰⁶ Op. cit., p. 6.

¹⁰⁷ SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 281-282.

¹⁰⁸ Op. cit., p. 284.

propriedade exige, além do aspecto negativo, um papel promocional do Estado para atingir os valores em que se fundam o ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, o princípio da função social da propriedade não se confunde com as limitações administrativas, mas exerce relevante papel na ordem urbanística. Tanto isso é verdade que o art. 182, § 2º, da Constituição, estabelece que a “propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

3.2.2. Regime jurídico das licenças urbanísticas

Como já adiantado acima, a licença urbanística constitui espécie de licença administrativa, de modo que características atinentes a esta coincidem com as daquela. Apesar disso, é inegável que a licença urbanística também possui traços próprios, até porque, do contrário, não haveria razão de existir se se confundisse por completo ao instituto jurídico mais geral. Dessa feita, passa-se neste momento a tratar especificamente desse ato administrativo que visa à preservação da ordem urbanística.

De início, vale trazer novamente as lições de Ramón Parada, que conceitua a licença urbanística da seguinte maneira:

“La licencia urbanística es un acto de autorización que remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que dicho ejercicio se ajusta al ordenamiento y a las prescripciones establecidas en los Planes. El derecho a edificar no se concede, pues, por la licencia ni deriva directamente del de derecho de propiedad, sino que en la versión del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 se adquiere con el llamado derecho al aprovechamiento urbanístico a partir del momento en que se cumplan en plazo los deberes legales.”¹⁰⁹

Por essa definição de Parada, que leva também em consideração a legislação espanhola, verifica-se que o doutrinador reconhece que o particular já é possuidor do direito de construir, de modo que a licença não concede esse direito, mas,

¹⁰⁹ Op. cit., p. 528.

ao final do processo administrativo com o devido deferimento, acaba apenas por permitir o seu exercício.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que, no que diz respeito à natureza jurídica, a doutrina acompanha o que foi dito acima em relação às licenças administrativas. Assim, tendo em vista ainda o conceito de Parada transcrito supra, reconhece-se um direito preexistente do particular em edificar, consistindo a licença urbanística em ato declaratório que permite o exercício desse mesmo direito que se encontrava condicionado.

Essa relação entre direito de construir e ordem urbanística é bem apontada por Márcia dos Santos:

“No fundo, a intenção da Administração, ao impor limites ao exercício do direito de construir, é proteger o ordenamento urbano de abusos por parte dos que nele intencionam viver com o mínimo de qualidade possível. Condicionando-se o direito de construir à licença prévia, busca-se preservar direitos que interessa a todos ver garantidos.”¹¹⁰

Coerente com o posicionamento expresso quando da análise da licença administrativa, a autora também entende que a licença urbanística pressupõe já a existência de um direito, mas que se encontra condicionado à expedição do respectivo ato administrativo para ser exercido pelo seu titular. Adotando a mesma linha teórica, cabe transcrever abaixo o conceito de licença urbanística forjado por Tomás-Ramón Fernández:

“La licencia urbanística es el tipo mismo de los actos de autorización. Responde, pues, enteramente a la concepción clásica – que aquí sigue siendo válida – de esta clase de actos, con los que la Administración remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que dicho ejercicio no pone en peligro interés alguno protegido por el ordenamiento. En realidad, el propietario tiene un derecho preexistente, el de propiedad, cuyo despliegue efectivo viene condicionado por la Ley al cumplimiento de ciertos deberes (de cesión, equidistribución y urbanización).”¹¹¹

¹¹⁰ Op. cit., p. 95.

¹¹¹ Op. cit., p. 206.

Então, assim como a administrativa, a licença urbanística constitui ato vinculado, declaratório de direito, definitivo, expedido ao fim de um processo administrativo, e consistindo sempre em expressão das limitações administrativas impostas pela lei.

A respeito desse último aspecto, cumpre salientar ainda que as licenças administrativas são estudadas também sob um regime de sujeição especial, conforme já apontada anteriormente. No entanto, no caso das licenças urbanísticas, o particular não entretém nenhum vínculo específico com a Administração, de modo que essa relação dá-se tão somente por meio de sujeição geral.

Trazendo características específicas da licença urbanística, Fonseca Pires explica que esse instituto é orientado por duas finalidades. A primeira, de ordem individual, consiste na conformação do exercício do direito de propriedade por meio do controle prévio procedido pela Administração, vale dizer, a verificação do projeto e sua adequação com as normas em vigor, delimitando o concreto limite da propriedade. Já a segunda finalidade é de âmbito coletivo e trata da compatibilidade do projeto com o ordenamento da cidade e o respectivo cumprimento de sua função social.¹¹²

Nesse sentido, tem-se o objetivo de conformar o projeto apresentado pelo administrado com base nas limitações administrativas e na função social da propriedade, institutos esses que, como explicado acima, não se confundem.

Essas finalidades devem ser perseguidas, em certa medida, por todos os entes estatais, até porque a Constituição Federal distribuiu competências específicas para os mesmos, dando mais enfoque à União e aos Municípios, como se verifica pelo art. 21, incisos IX e XX (União), art. 30, inciso VIII (Municípios), e art. 23, inciso III (competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios).

Por fim, já que se está a tratar das licenças urbanísticas neste tópico, cumpre citar apenas algumas espécies, ressaltando que se deu e se dará maior destaque às licenças edilícias, na medida em que a influência do aspecto temporal da legislação

¹¹² *Regime jurídico das licenças*, p. 89.

aplicável lhe é mais evidente: licenças para o parcelamento do solo, disciplinadas pela Lei n.º 6.766/1979; licenças edilícias, em que estão inseridas as licenças para construir, para reformar e construir, bem como para demolir; licenças para habitar, que consiste no certificado de conclusão de obra; licenças para localização e funcionamento de atividades comerciais, industriais e institucionais; licenças para a realização de espetáculos, parques de diversão e atividades congêneres.

CAPÍTULO IV – Direito subjetivo e direito adquirido: o direito intertemporal e as licenças urbanísticas

A partir deste capítulo estuda-se o direito subjetivo à licença urbanística nos moldes de lei já revogada, tendo por base os conceitos e institutos expressos ao longo deste trabalho.

Para tanto, far-se-á primeiro uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em seguida serão levantados posicionamentos doutrinários para, ao final, tratar da legislação específica do Município de São Paulo que aborda o assunto.

Antes disso, porém, torna-se essencial discorrer um pouco sobre os conceitos de direito subjetivo e direito adquirido, sendo que este último encontra previsão no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, e no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Márcia dos Santos explica resumidamente a diferença entre esses dois conceitos, aduzindo que “*direito subjetivo* é aquele direito que integra o patrimônio do particular, mas que ainda não foi exercido; e *direito adquirido* representa, igualmente, direito incorporado, que pode ser exercido a qualquer momento, sobrevindo lei nova que altere as condições anteriores”.¹¹³

Para fazer essa distinção, José Afonso da Silva aborda primeiro o conceito de direito subjetivo, e esclarece que “é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente”.¹¹⁴

Por sua vez, de acordo com o doutrinador, caso esse direito subjetivo não seja exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, já que era exercitável e exigível à vontade de seu titular. Desse modo, incorpora-se ao seu patrimônio para ser exercido quando lhe for conveniente.

¹¹³ Op. cit., p. 105.

¹¹⁴ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 434.

No entanto, isso não ocorre quando se tratar de mera expectativa de direito. Nas palavras do constitucionalista, “se não era direito subjetivo antes da lei nova, mas interesse jurídico simples, mera expectativa de direito ou mesmo interesse legítimo, não se transforma em direito adquirido sob o regime da lei nova, que, por isso mesmo, corta tais situações jurídicas subjetivas no seu iter, porque sobre elas a lei nova tem aplicabilidade imediata, incide”.¹¹⁵

Em suma, de acordo com o doutrinador, o direito subjetivo vira direito adquirido quando a lei nova traça novas bases normativas sob as quais foi constituído.

4.1. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Com o intuito de analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, traz-se os seguintes julgados como referência: RE n.º 85.002, julgado em 1.6.1976; RE n.º 90.059, julgado em 29.02.1980; RE n.º 93.108, julgado em 7.11.1980; RE n.º 212.780, julgado em 27.4.1999; RE n.º 178.836, julgado em 8.6.1999; RE n.º 235.736, julgado em 21.03.2000.

Em relação ao RE n.º 85.002, considerado o *leading case* tratando dessa matéria, cabe transcrever abaixo o conteúdo de sua ementa:

Licença de construção. Revogação. Fere direito adquirido a revogação de licença de construção por motivo de conveniência, quando a obra já foi iniciada. Em tais casos, não se atinge apenas faculdade jurídica – o denominado “direito de construir” – que integra o conteúdo do direito de propriedade, mas se viola o direito de propriedade que o dono do solo adquiriu com relação ao que foi construído, com base na autorização válida do Poder Público. Há, portanto, em tais hipóteses, inequívoco direito adquirido, nos termos da súmula 473.
Recurso extraordinário conhecido e provido.
(STF, RE n.º 85.002, Segunda Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1.6.1976)

Em síntese, o caso trata de um particular que impetrou mandado de segurança contra a cassação pela Administração Pública de alvará de construção de posto de serviço de automóveis. O ato de cassação teve por fundamento lei

¹¹⁵ Op. cit., p. 435.

superveniente ao início da construção que passou a vedar o uso pretendido na avenida em que se localizava o imóvel.

De acordo com o Ministro Relator, o direito de construir não constitui direito subjetivo, mas apenas uma faculdade jurídica que integra o conteúdo do direito subjetivo à propriedade. Dessa forma, seria algo bem discutível se a concessão da licença constituísse um direito adquirido em favor do titular dessa faculdade jurídica. No entanto, entendeu o relator que se a obra, devidamente autorizada, teve início, há sim que se falar em direito adquirido, pois aquilo que acede ao solo, via de regra, passa a ser objeto de direito de propriedade.

Com base nesses argumentos, firmou-se o entendimento de que há direito adquirido do proprietário que deu início à construção no imóvel antes da entrada em vigor de lei superveniente. Isto é, o início da construção é o marco que configura o direito adquirido, não podendo a Administração revogar a licença com base em lei superveniente, pois esse direito já passou a fazer parte do patrimônio do proprietário.

Já o RE n.º 90.059 trata de hipótese em que os proprietários apenas efetuaram o protocolo para dar início ao processo administrativo de licenciamento, quando então entrou em vigor nova lei que inviabilizaria o projeto inicial. Nesse caso, o STF entendeu haver apenas mera expectativa de direito, não se configurando qualquer ofensa ao princípio do direito adquirido a exigência de adequação à lei nova. Em resumo, o protocolo do pedido de licenciamento não gera direito adquirido.

O RE n.º 93.108 traz um caso um tanto distinto dos anteriores, vez que leva em conta expressa previsão legal que determina que requerimentos de licença de construção apresentados antes da vigência de nova lei poderão ser apreciados com base na lei anterior. Nesse sentido, o STF entendeu que, por existir norma legal definindo o interesse público de se adotar lei já revogada, deve-se reconhecer a possibilidade de o proprietário fazer uso da lei anterior para ver deferida sua licença.

Por meio do RE n.º 212.780, o STF retoma seu entendimento de que o direito subjetivo de construção só se revela quando deferida a respectiva licença e iniciadas as obras no imóvel. No caso concreto analisado, o proprietário não possuía

ainda a licença quando da entrada em vigor de nova lei, estando ainda em curso o seu processo administrativo, de modo que não dispunha do direito de construir.

O RE n.º 178.836 aborda a hipótese em que o proprietário quer ver reconhecido seu direito adquirido de construir por ter adquirido o terreno antes da vigência da nova lei, sem sequer ter protocolado pedido de licença antes da entrada em vigor da lei mais recente. Adotando o mesmo critério, o Pretório Excelso reconheceu a inexistência de direito adquirido.

Por fim, pelo RE n.º 235.736 reconheceu-se que o requerimento de licença gera mera expectativa de direito, insuscetível de impedir a incidência das novas exigências instituídas por lei superveniente.

Portanto, conclui-se que o posicionamento da Corte Suprema é o de que só há que se falar em direito adquirido com o deferimento da licença aliado ao início da construção no imóvel, momento em que direito de construir fica incorporado ao patrimônio do proprietário.

4.2. Posicionamento da doutrina

Exposto o entendimento do STF acerca do tema, cabe agora verificar como a doutrina o encara.

Lúcia Valle Figueiredo, ao abordar a questão, faz inicialmente a ressalva de que muitos doutrinadores utilizam, do seu ponto de vista de maneira equivocada, o termo “revogação” para se referirem à desconstituição da licença em razão de fato superveniente. Para a autora, em matéria de atos inseridos na competência vinculada da Administração, não se mostra possível falar em revogação, pois não há faculdade de emitir provimento secundário sobre a mesma matéria.

Tratada essa importante questão terminológica, a doutrinadora faz referência ao entendimento da Corte Suprema e afirma que a questão do momento em que a licença para edificar integra o patrimônio individual poderia ser muito bem solucionada pelos Códigos de Edificações. A despeito dessa questão tortuosa, sustenta

que a Administração “pode suprimir uma licença para edificar se houver interesse público relevante que a isso a impulsiona”, devendo, no entanto, ser o proprietário indenizado por isso, tenha ou não sido iniciada a construção.¹¹⁶

Márcia dos Santos filia-se ao entendimento do STF, de modo que só se configura o direito adquirido quando a licença for legalmente expedida e se as obras já tiverem sido iniciadas.¹¹⁷ Vale lembrar que a autora adota a tese de que a licença urbanística constitui ato declaratório de um direito cujo exercício encontra-se condicionado à expedição desse ato. Assim, reconhece que, muito embora condicionado, há um direito de construir preexistente à licença (premissa essa distinta da do STF, que considera haver mera expectativa de direito), o que não viabiliza, entretanto, a configuração de direito adquirido antes do início das obras, de acordo com a autora.

Carlos Ari Sundfeld tece críticas a posicionamentos nesse sentido. Para o administrativista, a tese que sustenta que a licença urbanística constitui ato meramente declaratório de direito acaba por afirmar também, ainda que assim não pretendesse, que há um direito adquirido de construir antes mesmo da expedição da licença. Isto é, aquela premissa necessariamente conduzirá a esta conclusão. Nas esclarecedoras palavras do próprio jurista:

“Ora, se o direito de construir existisse antes da licença – como normalmente se afirma – a expedição desta jamais poderia ser tomada como marco da aquisição do direito, para fins de pô-lo a salvo de alteração legislativa.”¹¹⁸

Esse acaba sendo um dos motivos para Sundfeld adotar o posicionamento de que as licenças são atos constitutivos de direito, e não meramente recognitivos.

Por fim, vale trazer ainda o posicionamento de José Afonso da Silva, que acaba distinguindo a situação em quatro aspectos: (i) edificação licenciada, mas não

¹¹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 158-161.

¹¹⁷ Op. cit., p. 131.

¹¹⁸ Op. cit., p. 44.

iniciada; (ii) edificação licenciada, já iniciada; (iii) edificação concluída, sem “habite-se”; e, (iv) edificação concluída, com “habite-se”. Em resumo, o publicista sustenta que o direito subjetivo público passa a ser direito adquirido quando a edificação já se encontra concluída, mas sem o “habite-se”. Assim, nas palavras do autor, nessa hipótese já nasceu “o direito de propriedade sobre o produto do exercício do direito de construir, e, então, sobrevindo lei nova que mude a situação, temos para nós que ocorre direito adquirido ao termo de conclusão ou ‘habite-se’”.¹¹⁹

4.3. Legislação do Município de São Paulo

Diante das considerações feitas nos dois tópicos anteriores, verifica-se que a jurisprudência do STF, iniciada com o *leading case* do ano de 1976, não reflete necessariamente o posicionamento adotado pela doutrina, até porque esta diverge a respeito.

Por outro lado, a legislação do Município de São Paulo possui dispositivos que procuram sanar dúvidas que possam existir a respeito do direito subjetivo a expedição de licença com base em lei revogada. Nesse sentido, seu Plano Diretor Estratégico (Lei Municipal n.º 16.050/2014) prevê o seguinte em seu art. 380:

Art. 380. Os processos de licenciamento de obras e edificações, protocolados até a data de publicação desta lei, sem despacho decisório serão apreciados integralmente de acordo com a legislação em vigor à época do protocolo, exceto nos casos de manifestação formal do interessado, a qualquer tempo, optando pela análise integral nos termos desta lei.

Parágrafo único. Os processos de licenciamento de obras e edificações referidos no “caput” serão indeferidos:

I - nos casos previstos no Código de Obras e Edificações - COE, Lei nº 11.228, de 25 de junho de 1992, e alterações posteriores;

II - se for requerida a modificação da versão do projeto constante do processo em análise na data de promulgação desta lei para alguma das seguintes finalidades:

- a) alteração de uso, categoria de uso ou subcategoria de uso;
- b) acréscimo superior a mais de 5% (cinco por cento) nas áreas computáveis ou não computáveis;
- c) alteração em mais de 5% (cinco por cento) na taxa de ocupação.

¹¹⁹ *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 299.

Pela leitura do *caput*, não restam dúvidas de que a lei permite utilizar as disposições da legislação anterior desde que o processo administrativo de licenciamento tenha sido protocolado pelo particular ainda na vigência da lei antiga. Isto é, definiu-se como marco para adquirir o direito a valer-se da lei revogada o protocolamento do pedido de deferimento da licença urbanística.

Confrontando esse dispositivo com as posições doutrinárias expostas acima, observa-se que a legislação do Município de São Paulo não se vale de qualquer das teses abordadas e tende a privilegiar ainda mais o administrado, vez que este pode optar pela análise da lei nova ou da lei revogada pelo simples protocolo do licenciamento na vigência desta última.

Em relação à jurisprudência do STF, é nítido que o PDE não adotou a tese sobre direito adquirido exposta nos citados julgados. Entretanto, vale lembrar que o Pretório Excelso, no acórdão do Recurso Extraordinário n.º 93.108, entendeu pela possibilidade de o proprietário fazer uso da lei anterior para ver deferida sua licença quando a lei nova expressamente assim o permite.

Ainda sobre o dispositivo transcrito acima, vale mencionar que o parágrafo único, inciso II, prevê limites para a modificação do projeto inicialmente apresentado na hipótese de o administrado pretender que o mesmo seja analisado com base na lei anterior. Disposições desse tipo são importantes para inibir que projetos sejam protocolados no “apagar das luzes”, com o único intuito de o particular poder optar pela análise com base na lei anterior quando efetivamente apresentar um novo empreendimento. Assim, procura-se preservar a ordem urbanística expressa na nova lei e proteger aqueles que de fato pretendiam edificar quando a lei anterior foi revogada.

Apenas a título de ilustração, vale mencionar que o art. 14 do Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo (Lei n.º 11.228/1992), ainda em vigor, também já tratava do assunto:

Art. 14 - Poderá haver opção pelo exame de projetos e execução da obra, integralmente de acordo com a legislação anterior ou, então, totalmente pelas normas da presente lei, nos seguintes casos:

I. De pedidos, protocolados e numerados na Prefeitura até a data de início da vigência desta lei, ainda sem despacho decisório ou com interposição de recurso dentro dos prazos legais, referentes a licenciamento das construções ou alterações de projetos com alvarás expedidos e ainda não caducos;

II. De pedidos, ingressados após a data da publicação desta lei, de alteração ou modificação de projetos com alvarás expedidos em vigor.

Parágrafo Único - No caso de opção pelo exame de acordo com a legislação anterior, não serão admitidas, seja durante o andamento do pedido referido no item I ou quando já exista licenciamento no caso do item II deste artigo, quaisquer mudanças, alterações ou modificações que impliquem no agravamento das desconformidades ou criação de novas infrações a esta lei.

Disposições nesse sentido inclusive acabam por relevar eventuais demoras por parte do Poder Público no deferimento do licenciamento. Vale dizer, não raramente o órgão responsável pelo licenciamento não analisa os processos administrativos em tempo razoável, de modo que o particular fica à mercê do Poder Público para obter sua licença. Assim, tendo em vista que o processo administrativo pode se alongar por um bom tempo, o art. 380 do PDE assegura ao administrado a possibilidade de se valer de uma lei revogada para obter sua licença, desde que o protocolo tenha sido feito antes da entrada em vigor da lei nova.

Contemporiza-se, desse modo, a ofensa ao devido processo legal configurada pela prestação não efetiva do pedido de deferimento da licença, de sorte que o particular não será tão prejudicado com a superveniência de lei nova.

Sobre esse aspecto, vale trazer outro dispositivo do Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo, atinente ao processo administrativo de licenciamento, presente em seu Anexo I:

4.2-PRAZOS PARA DESPACHO

O prazo para despacho não poderá exceder a 90 (noventa) dias, inclusive nos pedidos relativos a reconsideração de despacho ou recurso.

Em perspectiva semelhante, o Decreto Municipal n.º 49.969/2008, que regulamenta a expedição de Auto de Licença de Funcionamento, Alvará de Funcionamento, Alvará de Autorização para eventos públicos e temporários e Termo de Consulta de Funcionamento, estabelece o seguinte em seu art. 17:

Art. 17 - O Auto de Licença de Funcionamento, o Alvará de Funcionamento e o Alvará de Autorização para eventos públicos e temporários deverão ser expedidos no prazo máximo de 30 (trinta) dias, desde que o requerimento esteja instruído com todos os documentos necessários.

Parágrafo único. O curso do prazo definido no “caput” deste artigo ficará suspenso durante a pendência de atendimento, pelo requerente, das exigências municipais feitas por intermédio de comunicado ou intimação para execução de obras e serviços.

Como se observa, a legislação municipal de São Paulo estipula prazos para a Prefeitura manifestar-se sobre o pedido de licença. No entanto, na prática, nem sempre esses prazos são cumpridos, o que afronta a cláusula do devido processo legal. O art. 380 do PDE, então, suaviza essa afronta e o descumprimento da lei pelo Poder Público, de sorte que o particular livra-se, ainda que de forma sensível, da boa vontade da Administração em analisar seu pedido.

Diante de descumprimentos da cláusula do devido processo legal, a situação agrava-se ainda mais quando determinado Município não possui norma semelhante ao citado art. 380, o que pode trazer inúmeros prejuízos ao particular.

Muito embora as teses doutrinárias expostas acima sejam brilhantemente formuladas, há que se atentar que a realidade prática exige um cuidado mais eficiente com os direitos dos administrados. Não se nega aqui a valorosa discussão sobre a natureza jurídica das licenças urbanísticas e as implicações sobre a noção de direito adquirido que dela decorrem, mas é inadmissível sujeitar o particular às arbitrariedades perpetradas pela Administração Pública decorrentes de seu silêncio.

Não seria possível, obviamente, sustentar que o silêncio administrativo, neste caso, teria como efeito o deferimento da licença, já que isso seria evidentemente contrário ao interesse público. Ocorre que há circunstâncias em que o administrado pode ter seu projeto de edificação inviabilizado em razão da ineficiência da prestação da função administrativa, pois não é absurdo imaginar a hipótese em que a lei superveniente não autoriza determinado projeto cujo pedido de licenciamento foi feito muito antes de sua entrada em vigor.

Claro que se pode argumentar que em casos como tais o particular pode recorrer ao Poder Judiciário via mandado de segurança e exigir uma resposta da Prefeitura. Todavia, o que se sustenta aqui é a possibilidade de analisar a situação concreta à luz do devido processo legal e do princípio da proporcionalidade, devendo-se realizar uma ponderação de valores para evitar a manutenção de uma arbitrariedade estatal. Assim, seria razoável dar mais atenção à segurança jurídica e verificar o caso concreto, procurando observar se há muito o particular já havia protocolado pedido de licenciamento ou se o fez no “apagar das luzes”, hipótese esta em que, naturalmente, seu pleito não deveria ser deferido.

Não há que se olvidar também que a aplicação do devido processo e da proporcionalidade acaba por ser carregada em certa medida de subjetividade, mas isso não pode ser impedimento para resguardar interesses legítimos dos administrados.

Em suma, a melhor opção ainda é adotar dispositivos como o art. 380 do PDE do Município de São Paulo, que de forma objetiva preserva direitos dos particulares.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Conforme dito já na Introdução, o presente trabalho não teve por objetivo esmiuçar os conceitos pertinentes à licença urbanística e muito menos a pretensão de elaborar uma tese definitiva sobre a aquisição de direito ao licenciamento urbanístico com base em lei já revogada.

A despeito disso, o que se pode verificar foi que a doutrina não possui um entendimento pacífico acerca do tema. O debate já se inicia ao traçar a natureza jurídica do ato administrativo licença, pois há autores que sustentam que a licença constitui apenas uma declaração de um direito preexistente que, por sua vez, só poderia ser exercitado por meio desse ato.

Já outra parte da doutrina defende que a licença possui natureza constitutiva de direito, uma vez que o particular só possui de antemão o direito de ver seu pedido de licenciamento deferido, quando cumpridos por óbvio os requisitos legais; de modo que é a própria licença que cria o direito do administrado.

Assim, por esta última teoria fica mais fácil justificar que o direito adquirido ao licenciamento com base em lei anterior só se efetiva com a expedição da licença e o início das obras pelo particular.

Vale dizer, esta última tese doutrinária parece ser mais condizente com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, procurou-se demonstrar que a legislação do Município de São Paulo acabou por mitigar as dúvidas a respeito do tema com a previsão do art. 380 do Plano Diretor Estratégico, e que dispositivo semelhante poderia ser adotado por demais municípios, pois privilegia a segurança jurídica e os interesses legítimos dos administrados, além de ser condizente com a cláusula do devido processo legal e com o princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970.

ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Urbanístico. Instituciones básicas*. Mendoza: Ediciones Ciudad Argentina, 1986.

ALLAN, Trevor. *Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law*, Oxford University Press, 2001.

AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution – A Biography*, New York City, Ramdon House, 2006.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo – A Garantia Constitucional da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais*. São Paulo, Editora Atlas, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A constitucionalização do processo no direito brasileiro”, *Estudos de Direito Processual Constitucional – Homenagem Brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito*, MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (coordenadores), São Paulo, Editora Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Malheiros, 2006.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Editora Malheiros, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Manual de Derecho Urbanístico*. Madrid: Publicaciones Abella, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general*. Tomo 1. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito à prova no âmbito administrativo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual*. Número 20, set./out. 2007.

LEVIN, Alexandre. *Operação urbana consorciada: concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MADISON, James. “O Federalista”. In *Os Pensadores*. Abril Cultural, São Paulo: 1973.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalists Papers*, New York City, Penguin Books, 1987.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal – Processo civil, penal e administrativo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Editora Malheiros, 2006.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo. Bienes Públicos, Derecho Urbanístico*. Vol. III, Barcelona: Marcial Pons, 2004.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações Administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

_____. *Regime Jurídico das Licenças*. São Paulo: Quartier Latin, 2006

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Licença Urbanística*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.