

**D) Ordenação administrativa  
e poder de polícia**

***D) Administrative order  
and police power***



# DIREITO DE CONSTRUIR E LICENÇA DE CONSTRUÇÃO

## *RIGHT TO BUILD AND LICENSE TO BUILD*

**TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR**

Graduado em Filosofia, Letras e Ciências Humanas pela Universidade de São Paulo (1964).  
Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de São Paulo (1964).  
Doutor em Filosofia pela Johannes Gutemberg Universitat de Mainz (1968). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (1970). Atualmente é consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, Professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor aposentado da Universidade de São Paulo e Professor emérito pela Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto. Tem experiência na área de Direito, atuando, principalmente, nos seguintes temas: direito, democracia, poder, Constituição e ordem econômica.  
tercio@sampaioferraz.com.br

Recebido em: 19.09.2017

Aprovado em: 12.10.2017

Received in: 09.19.2017

Approved in: 10.12.2017

**ÁREAS DO DIREITO:** Administrativo; Civil

**RESUMO:** Discute-se neste artigo a natureza da autorização para o início da construção passados 30 dias do protocolo dos alvarás de construção e execução sem a manifestação da Prefeitura Municipal de São Paulo, contida no Decreto Municipal 32.329/1992 (artigo 4.B.4.3).

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de construir – Licença de construção.

**ABSTRACT:** This article discusses the nature of the authorization to start construction after 30 days of the filing of the requests for building and execution permits without the manifestation of the São Paulo City Government, provided for in Municipal Executive Order 32.329/1992 (Article 4.B.4.3).

**KEYWORDS:** Right to build – License to build.

**SUMÁRIO:** Licença e autorização. Direito de construir no Brasil. O Decreto Municipal de São Paulo 32.329/1992. Início da obra sem decisão do processo. Obra iniciada e eventualidade de indeferimento do alvará: condição resolutiva. Conclusão.

## LICENÇA E AUTORIZAÇÃO

A doutrina entende<sup>1</sup> que a licença, em especial, licença para construir, é um ato administrativo, de caráter unilateral e vinculado, pelo qual a Administração faculta a quem preencha os requisitos estabelecidos pela legislação o exercício de uma atividade. A licença, nesse sentido, não é, propriamente, uma *autorização*, em termos daquele ato discricionário em que se aprecia a pretensão de um particular em face de um interesse público para facultar o desempenho de atividade ou a prática de ato que sem o consentimento da autoridade seria legalmente proibido (por exemplo, produção e comercialização de material bélico, o uso privativo de bem público, a exploração de serviço público).

O confronto entre licença e autorização é importante e esclarecedor. Pois mostra que, se na autorização o ato discricionário é constitutivo (cria, modifica ou extingue direito ou uma situação do administrado), na licença o ato vinculado é declaratório de um direito preexistente, direito que existia antes do ato. A licença, assim, “resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-lo quando o requerente satisfaz a todos os requisitos legais para sua obtenção”.<sup>2</sup>

Nesses termos, a licença é ato individual, isto é, produz efeito para um determinado caso concreto, envolvendo uma espécie de *negociação*, não no sentido de *negócio jurídico*, mas de ato de vontade em sentido amplo: na licença, os efeitos são *queridos* pela autoridade cuja declaração se caracteriza pelo desejo de obtenção do ato em si mesmo.<sup>3</sup> Poder construir: direito de propriedade e licença.

No caso do direito de propriedade, trata-se do *poder de construir*, poder contido no direito de propriedade.

Há uma discussão, na doutrina, se a licença para construir não seria, na verdade, uma autorização permissiva, permissão de exercer o *jus aedificandi*, isto é, aquela faculdade compreendida no direito de propriedade imóvel. O que significaria que o *poder construir* seria visto como *autônomo* em face do direito de propriedade e que nasceria da licença.<sup>4</sup> A questão, que não é pacífica, reporta-se à necessária obediência do poder de construir aos preceitos legais urbanísticos,

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 204; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 212.
2. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 156.
3. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 157, fala em *ato administrativo negocial*.
4. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1970. v. I. p. 1115.

ao planejamento urbano, ao direito ambiental etc. De um lado, os que entendem que o *jus aedificandi* enquanto *exercício* e não *gozo* do direito de propriedade, não existiria antes da licença edilícia (caso de Giannini). Argumenta-se que os preceitos legais que regulamentam o *jus aedificandi* são normas abstratas e gerais, donde o caráter discricionário da licença. De outro, os que, não obstante as limitações dessas normas gerais, veem no procedimento de licença um procedimento vinculado de atuação e verificação.

Os fundamentos doutrinários, nessa polêmica, acabam por resolver-se na legislação de cada país, vale dizer, na forma constitucional e nos preceitos legais.

## DIREITO DE CONSTRUIR NO BRASIL

No Brasil, dispõe o Código Civil (2002), art. 1.299 (que, nesse ponto repete o Código de 1916), que o proprietário “pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprovar, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

Na verdade, quanto à construção jurídica, o direito brasileiro, na linha do direito romano, ao admitir que o proprietário possa construir em seu terreno *o que lhe aprovar*, salvo o direito de vizinhança e os regulamentos administrativos, cria uma responsabilidade independente de culpa.<sup>5</sup> Nesses termos, o proprietário é responsável pelo que venha a construir em relação estritamente objetiva: cumprimento dos regulamentos administrativos, responsabilidade que não se confunde com o cumprimento dos direitos inerentes à função social da propriedade (ambiental, de vizinhança etc.).

Entende-se que um desses *regulamentos administrativos*, por força da CF de 1988, que não admite o *regulamento autônomo*, há de ser *lei*, pois só a lei pode criar limitações edilícias de direito público. A licença, porém, enquanto ato administrativo, não se confunde com essas limitações legais. Sendo apenas ato administrativo previsto em lei, ela se corporifica mediante formas que constituem sua *causa eficiente instrumental*,<sup>6</sup> com o escopo de declarar que ao particular *está assegurado* (e não *constituído*) o exercício de determinada atividade. Esse instrumento pode ser um *alvará*, que encerra um mandado de obediência a *despacho* ou *resolução* administrativos, por parte dos órgãos da Administração com referência a terceiro em favor de quem foi expedido. Nada obsta, porém, que

5. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2001, t. 13, p. 466.

6. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira De. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. I. p. 458.

Nessa interpretação da norma administrativa estão alguns postulados de competência desenvolvidos pela dogmática alemã do séc. XIX para a chamada vontade do *legislador racional*,<sup>9</sup> entre os quais se mencionem: a) o legislador não cria normas impossíveis de serem executadas; daí por que não se pode presumir exigir permitir e não permitir que alguém realize e deixe de realizar o mesmo ato; e b) o legislador não cria normas sem algum propósito, do qual decorre a razoabilidade de seus comandos c) a vontade do legislador é unitária, de forma que as regras estão sistematicamente relacionadas; d) a vontade do legislador é completa, no sentido de que soluciona todos os casos por ele reputados como relevantes; e) o legislador é rigorosamente preciso e não cria normas inócuas ou redundantes, donde a legitimidade do raciocínio *a contrário*.<sup>10</sup>

Dito de outra forma, não haveria a menor coerência em dizer que o legislador objetiva um *non sense*, isto é, exigir uma ação e permitir sua omissão, pois, se assim fosse, o diploma normativo seria inexecutável com consequências para a própria ação de cumprimento, que significa que uma decisão para implementar alterações na realidade fática perderia todo o sentido.

## CONCLUSÃO

Em suma, a licença para construir é um ato administrativo, de caráter unilateral e vinculado, pelo qual a Administração faculta a quem preencha os requisitos estabelecidos pela legislação o exercício de uma atividade. Na licença o ato vinculado é declaratório de um direito preexistente, direito que existia antes do ato.

Assim, com base na Lei 11.228/92, o que o Decreto que regula a concessão da licença prevê é um mecanismo de atendimento expedito do *poder construir*. Por tratar-se de ato vinculado, a presunção *juris et de jure* é de um direito garantido, cujo titular exerce assumindo inteiramente sua responsabilidade.

O proprietário é responsável pelo que venha a construir em relação estritamente objetiva: cumprimento dos regulamentos administrativos, responsabilidade que não se confunde com o cumprimento dos direitos inerentes à função social da propriedade (ambiental, de vizinhança etc.). Por decorrência, o deferimento da licença para construir é ato declaratório e tem efeito *ex tunc*.

Por fim, tratando-se de ato administrativo mediante norma de permissão (“a obra poderá ser iniciada”), responde o requerente pela adequação do projeto às

---

9. Vide FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 234 e ss.

10. Vide WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2. ed. Berlin, 1967.

posturas municipais à condição resolutive de indeferimento do pedido de alvará de aprovação e de execução. Havendo indeferimento, os efeitos que o ato estava produzindo são *resolvidos* (o indeferimento faz cessar desde então – *ex tunc* – todos os efeitos); mas não verificada a condição resolutive (deferimento), o ato continua a produzir todos os efeitos que vinha produzindo com eficácia *ex tunc* pela mesma razão (efeito *ex tunc*). Ou seja, indeferido, a construção já iniciada deve ser paralisada, mas retomada, deferido o recurso, ou sujeita a outras consequências decorrentes de eventual indeferimento definitivo. É, afinal, o que dispõe o Decreto (4.B.4.4).

### PESQUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- O direito de construir e as licenças de construção: breves apontamentos sobre a regularização imobiliária, de Marcello Rennó de Siqueira Antunes – *RD/83/203-231* (DTR\2017\6956); e
- Silêncio administrativo e licença de construção, de José Wilson Ferreira Sobrinho – *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 3/599-627 (DTR\2012\1668).