

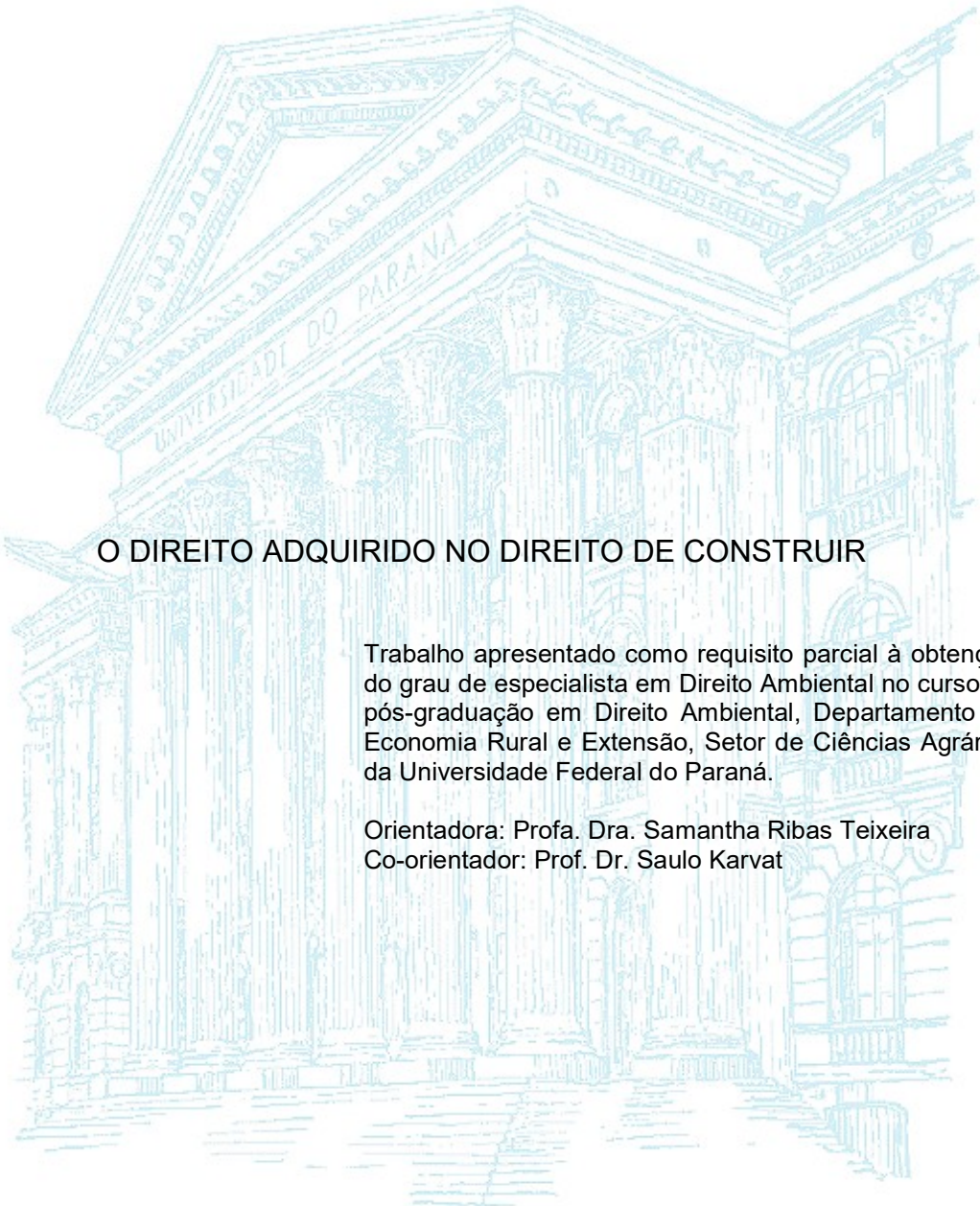
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EUGENIA ANTUNES DE MACAHUBAS

O DIREITO ADQUIRIDO NO DIREITO DE CONSTRUIR

CURITIBA
2017

EUGENIA ANTUNES DE MACAHUBAS



O DIREITO ADQUIRIDO NO DIREITO DE CONSTRUIR

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Ambiental no curso de pós-graduação em Direito Ambiental, Departamento de Economia Rural e Extensão, Setor de Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Samantha Ribas Teixeira
Co-orientador: Prof. Dr. Saulo Karvat

CURITIBA
2017

RESUMO

O presente estudo versa sobre o instituto do direito adquirido no âmbito do direito de construir, diante de mudanças legislativas urbanísticas e ambientais, uma vez que existe confusão sobre quando há direito adquirido ou apenas expectativa de direito. Para tanto, são analisadas as seguintes situações: obra que não causa impacto ambiental, sem licença para construir; obra que não causa impacto ambiental, com licença para construir, antes do início da obra e depois; obra que não causa impacto ambiental, com licença para construir, quando ocorre alguma ilegalidade no processo administrativo ou na execução da construção; obra que causa impacto ambiental, com licença para construir, mas licença ambiental obtida ou executada de forma irregular. Ao final, com o uso da análise doutrinária e jurisprudencial, conclui-se que de uma obra que gera degradação ambiental ou que esteja em área protegida ambientalmente não decorre direito adquirido, mas que, se não for este o caso, e o alvará de construção for obtido atendendo-se o ordenamento jurídico e o interesse público e a obra já foi iniciada quando da vigência superveniente de nova lei, há direito adquirido.

Palavras-Chave: Direito adquirido. Direito de construir. Alvará de Construção. Licença ambiental.

ABSTRACT

The present study is about the institute of the assured right in the scope of the right of build, in face of urban and environmental law changes, once there is confusion about when there is assured right or just expectation of right. Therefore, are analyzed the following situations: construction that doesn't cause environmental impact, without the building permit; construction that doesn't cause environmental impact, with the building permit, before and after the beginning of the construction; construction that doesn't cause environmental impact, with the building permit, when there is some illegality in the administrative process or in the execution of the construction; construction that causes environmental impact, with the building permit, but environmental license obtained or executed irregularly. In the end, using analysis of doctrine and jurisprudence, the conclusion is that from a construction that generates environmental degradation or that it is in an environmentally protected area doesn't follow assured right, but, if that is not the case, and the building permit is obtained according to legal order and public interest and the construction have already been started when a new law is created, there is assured right.

Keywords: Assured right. Right of construction. Building permit. Environmental license.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 OBJETIVO DO TRABALHO	7
2.1 OBJETIVO GERAL.....	7
2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	7
3 MATERIAL E MÉTODOS	8
4 RESULTADOS E DISCUSSÃO	9
4.1 O DIREITO DE PROPRIEDADE.....	9
4.1.1 A evolução histórica do direito à propriedade no mundo.....	9
4.1.2 A evolução histórica do direito à propriedade no âmbito jurídico brasileiro	11
4.1.3 Relativização do direito fundamental à propriedade pelo instituto da função social da propriedade	14
4.1.4 Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Limitador do Direito Fundamental à Propriedade	18
4.2 A PROTEÇÃO AMBIENTAL EXERCIDA PELO ESTADO NO ÂMBITO DO MEIO AMBIENTE URBANO	20
4.2.1 Meio ambiente urbano: características, peculiaridades e importância para a coletividade.....	20
4.2.2 Limites à fruição da propriedade urbana - uma análise acerca do direito de construir	22
4.2.3 Das construções que geram impacto ambiental ou se localizam em áreas ambientalmente protegidas.....	24
4.2.4 O instituto do direito adquirido em questões afetas ao meio ambiente urbano..	26
4.3 SITUAÇÕES JURÍDICAS QUE REFLETEM A PROBLEMÁTICA EM ESTUDO – UMA BREVE ANÁLISE	28
4.3.1 Obra que não cause impacto ambiental, sem licença para construir.....	28
4.3.2 Obra que não cause impacto ambiental, com licença para construir	30
4.3.3 Obra que não cause impacto ambiental, com licença de construção obtida ilegalmente ou construção em desacordo com o alvará.....	34
4.3.4 Obra que cause impacto ambiental ou se encontre em área ambientalmente protegida.....	36
5 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

O direito de propriedade passou por profundas alterações ao longo da história, sendo, por exemplo, considerado um direito absoluto no período do Império Romano, enquanto que hoje no Brasil ele possui diversas restrições, devendo ser exercido de acordo com sua função social e em respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A propriedade não confere, por si só, permissão para construir, por este motivo, o proprietário que quiser fazê-lo no meio ambiente urbano deve primeiramente apresentar o projeto da obra para o órgão competente municipal e, somente se for verificado que tal projeto atende às normas legais, será concedida uma licença de construção e uma licença ambiental, se for o caso.

Entretanto, caso durante o processo de obtenção do alvará de construção ou da licença ambiental e até mesmo depois, seja criada lei que altere os parâmetros urbanísticos e ambientais, tornando-os mais restritivos, o proprietário sofrerá a influência dessa nova lei? Terá ele direito adquirido de fazer sua construção nos moldes anteriores ou estará presente apenas uma expectativa de direito sendo ele forçado a se adaptar à nova legislação?

Percebe-se de pronto, que a resposta não é de intuição imediata e depende da análise de diversas variantes, uma vez que não se trata de situação estanque. Assim, tendo esses questionamentos em mente, o presente estudo se propõe analisar algumas situações diante de uma mudança legislativa urbanística ou ambiental e o impacto causado ao direito de propriedade e ao direito de construir dos cidadãos, sendo estas: se o proprietário do terreno edificou sem licença de construção; se obteve o alvará e não iniciou a construção; se obteve o alvará e iniciou a obra; se realizou a edificação com base em licença de construção concedida ou executada ilegalmente; e, por fim, se realizou construção que gera impacto ambiental, com ou sem possuir a devida licença ambiental.

2 OBJETIVO DO TRABALHO

2.1 OBJETIVO GERAL

A finalidade deste trabalho é analisar as diversas situações que podem ocorrer diante de uma mudança legislativa urbanística/ambiental e o impacto que ela causará ao direito de propriedade e ao direito de construir dos cidadãos.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

a) Pesquisar o conceito e a origem do direito de propriedade no Brasil, assim como a sua relativização pelo instituto da Função Social da Propriedade.

b) Estudar como se dá a proteção do meio ambiente urbano pelo Estado, especialmente no que tange às limitações ao direito de construir.

c) Analisar situações práticas que colocam em evidência conflitos que podem surgir em torno da temática trabalhada, especialmente versando sobre a inexistência de direito adquirido a edificar em propriedade urbana quando a questão envolver legislação ou situação afeta ao Meio Ambiente.

3 MATERIAL E MÉTODOS

No presente estudo será utilizado o método de abordagem indutivo, que parte de premissas individuais para chegar a conclusões gerais, observando-se a ocorrência de fatos similares como forma de alcançar a solução de um problema.

O método de procedimento será o Monográfico, por meio do qual se analisa o tema escolhido e os fatores que o influenciam em todos os seus aspectos.

Já com o uso das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, será possível explicar e discutir o tema com base em referências teóricas publicadas em livros, revistas, periódicos e outros, buscando-se o tema sob novo enfoque ou abordagem, levando à interpretação própria e chegando a conclusões diferenciadas.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

4.1 O DIREITO DE PROPRIEDADE

4.1.1 A evolução histórica do direito à propriedade no mundo

O conceito de propriedade sofreu profunda alteração ao longo da história. Na Roma Antiga, a importância da propriedade encontrava-se ligada ao sentimento religioso, uma vez que acreditava-se que um deus protetor da família se fixava nas terras pertencentes a ela. Ademais, o domínio da terra era visto como um direito absoluto e inviolável, como explana Guilherme Figueiredo (2010, p. 56/57):

A jurisprudência clássica do Direito Romano conceitua o direito de propriedade como um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea. Este poder jurídico (*dominium*) pode coexistir ou não com o poder de fato (*possessio*). Todavia, o conceito de posse é mais recente, tendo sido elaborado pela jurisprudência romana, por meio de interditos baseados na proteção pretoriana que visava coibir a turbação. (...)

No Direito Romano primitivo, não existia um conceito de propriedade como instituto unitário. Discutia-se, sim, a extensão do pátrio poder sobre pessoas e bens. A *patria potestas* justificava o poder sobre as coisas, residindo aí a concepção primitiva do que mais tarde viria a ser o instituto da propriedade. (FIGUEIREDO, 2010, p. 56/57)

Com a queda do Império Romano, o início da Idade Média foi marcado pelo regime feudal, em que havia o uso coletivo da propriedade, com o cultivo da terra não apenas por seu senhor feudal, como por seus servos, pela agricultura de subsistência e pela inexistência de um Estado organizado que realizasse seu poder de polícia sobre o território. O autor Guilherme Figueiredo (2010, p. 59) destaca: “A instituição de um sistema senhorial constitui a origem do feudalismo e decorreu basicamente da necessidade de segurança e defesa militar por parte da população formada, em sua maioria, por camponeses”.

O período entre os séculos XIV e XV marcou o final da Idade Média. Com o desenvolvimento do comércio e a ida da população do campo para as cidades, houve o enfraquecimento dos senhores feudais, o fortalecimento da burguesia e crises relacionadas à fome e à falta de saúde, que exigiram a centralização da força do Estado em apenas uma autoridade, retornando o poder aos monarcas e dando origem ao absolutismo (SOUSA, [201?]).

Já entre os séculos XVI e XVII na Europa tomou origem o liberalismo, que surgiu em resposta à monarquia absoluta, ao direito divino dos reis, aos privilégios da nobreza e à limitação da burguesia, defendendo a não intervenção do Estado nas relações econômicas e propondo que o homem fosse titular, por natureza, de alguns direitos, entre os quais, a propriedade. Um grande defensor desse entendimento foi John Locke, que, segundo aponta Marcelo de Oliveira Milagres (2011) “defendeu o direito individual à propriedade de forma ilimitada, como expressão da liberdade e da igualdade, valores que cunhou de naturais, anteriores ao próprio Estado”.

A influência do pensamento propagado à época acerca do direito individual à propriedade está presente em um dos documentos mais importantes da época, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que elencou em seu artigo 2º o seguinte texto: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (DECLARAÇÃO, 1789).

No liberalismo havia participação mínima do Estado no exercício do direito de propriedade, exceto quando para assegurar o exercício do direito de outros proprietários, igualmente garantidos, por serem ambos membros da sociedade. O direito de propriedade era concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível (SILVA, 2010, p. 70). Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho (MARÉS, 2010), “para o direito liberal, o uso é apenas um direito do proprietário, que pode exercê-lo ou não, mas ainda que não o exerça, não o perde”.

Com o passar do tempo, no entanto, verificou-se que entre uma pessoa e uma coisa não pode haver relação jurídica, uma vez que esta ocorre apenas entre pessoas. A partir daí, começou-se a entender que o direito de propriedade é uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal, integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitar esse direito (SILVA, 2010, p. 70).

Nesse sentido, foram observados avanços em alguns importantes documentos da época, como pela Constituição Mexicana de 1917, a qual estabelecia que a “Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público [...]” (OLIVEIRA, 2005). De mesmo modo, a Constituição de Weimar de 1919, que previa em seu art. 153 que “a propriedade obriga. Seu uso deve, ademais, servir ao bem comum” (OLIVEIRA, 2005).

Acerca do tema, Marés (2010) comenta:

A Constituição mexicana é um exemplo para o continente, mau exemplo, do ponto de vista do capitalismo, mas bom exemplo para os países e sociedades que pretendiam frear os malefícios da propriedade absoluta, não cria obrigações, restringe direitos, condiciona o direito de propriedade, colocando-o em subordinação aos interesses e às necessidades da sociedade. (MARÉS, 2010)

Observa-se que grandes modificações ocorreram em torno da forma como se compreende o direito de propriedade em todo o globo, sendo a percepção atualmente vigente aquela que aponta para um direito de propriedade condicionado aos interesses da coletividade.

Alguns dos acontecimentos históricos listados acima influenciaram o pensamento no Brasil referente ao direito de propriedade, servindo inclusive de inspiração para a elaboração dos textos constitucionais, conforme se verá adiante.

4.1.2 A evolução histórica do direito à propriedade no âmbito jurídico brasileiro

A primeira Constituição do Brasil foi outorgada no período do Império, em 1824 e, por ter sofrido influência dos ideais transmitidos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, dava ao direito de propriedade caráter absoluto e a possibilidade dele ser usufruído independentemente do seu exercício, sem que pudesse ser perdido pelo não-uso. Em seu art. 179, XXII¹, a Constituição garantia a plenitude desse direito, à exceção de quando o interesse público exigisse o uso da propriedade do particular, pelo que ele seria indenizado (FERREIRA, 2007).

A Constituição promulgada em 1891, de forma similar, também garantia a inviolabilidade do direito de propriedade, ressalvando em seu art. 72, §17 a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização previa² (FERREIRA, 2007).

¹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. (BRASIL, Constituição 1824)

² Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

A Constituição de 1934, influenciada pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, apresentou uma evolução quando inseriu o interesse individual na propriedade como subordinado ao interesse social ou coletivo, em seu art. 113, nº 17³. No entanto, tal subordinação dependia da criação de legislação complementar, que nunca foi editada, a fim de ser considerada efetiva (FERREIRA, 2007, p. 06). Ademais, esse texto constitucional inovou ao estatuir, em seus arts. 10, III e 148, proteção às belezas naturais, ao patrimônio histórico, artístico e cultural (MILARÉ, 2014, p. 168).

Já a Constituição de 1937 foi marcada por um retrocesso em relação ao texto anterior, uma vez que, em seu artigo 122, nº 14⁴, assegurou o direito à propriedade, mas determinou que seu conteúdo e limites fossem definidos nas leis que regulassem o seu exercício (FERREIRA, 2007, p. 07).

Voltando a limitar o uso da propriedade ao interesse coletivo, a Constituição de 1946 expressamente dispôs em seu art. 147 que “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16⁵, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos” (BRASIL, Constituição Federal de 1946).

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 estabeleceram como um dos princípios da ordem econômica a função social da propriedade (arts. 157 e 160), bem como continuaram a assegurar aos brasileiros e

§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia. (BRASIL, Constituição 1891)

³ Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. (BRASIL, Constituição Federal, 1934)

⁴ Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício; (BRASIL, Constituição Federal, 1937)

⁵ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. (BRASIL, Constituição Federal, 1946)

aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à propriedade, ao lado dos direitos à vida, à liberdade e à segurança (arts. 150 e 153) (FERREIRA, 2007, p. 08).

Atualmente, o Brasil é regido pela Constituição de 1988, a qual alçou o direito à propriedade ao status de direito fundamental, condicionando o seu exercício ao atendimento da função social, conforme prevê o art. 5º, XXII e XXIII e o art. 170, II. Assim, tal direito não é visto mais como intocável e absoluto, podendo sofrer restrições em nome do interesse público. Nesse sentido, dispõe o art. 1.228, do CC/02:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. (BRASIL, 2002).

Os proprietários agora possuem deveres e limitações, devendo atuar de acordo com a função social da propriedade. No entanto, ressalte-se que essas limitações devem ser gerais e abstratas, não podendo o legislador intencionalmente beneficiar ou prejudicar nenhuma pessoa ou grupo de pessoas especificamente. Sobre isso, Guilherme Figueiredo (2010, p. 103) ensina:

As características principais das limitações (ou restrições) administrativas são as seguintes: a) generalidade: aplicam-se a todos os proprietários ou bens sujeitos a uma situação determinada; b) unilateralidade: são impostas por lei e independem da aquiescência do proprietário; c) imperatividade: devem ser obrigatoriamente cumpridas; d) não confiscatoriedade: não podem implicar em perda da propriedade – hipótese em que ficaria configurada a desapropriação – nem dano patrimonial grave. (FIGUEIREDO, 2010, p. 103)

Ressalte-se que a propriedade apenas tomará a posição de direito quando for prevista em um dado sistema normativo, com os poderes e limitações de um proprietário delineados. Sendo o direito à propriedade o resultado de um determinado regime legal, pode variar de acordo com o local em que se encontra (MELLO, 1982, p. 05).

O direito de propriedade possui as características e restrições que o ordenamento jurídico lhe confere, assim, "as limitações administrativas não se

constituem em restrição ao direito de construir, vez que configuram sua própria moldura, seu próprio perfil” (FIGUEIREDO, 2005, p. 127).

Por serem as limitações administrativas apenas contornos do direito de propriedade, não impossibilitando seu uso e gozo, não há que se falar em indenização no caso de lei posterior estabelecer limitações mais estreitas que as anteriores. Nesse sentido, a seguinte explanação:

Já as imposições legais de caráter ambiental ou urbanístico que não resultem em vedação de acesso ao imóvel ou obriguem o proprietário, por exemplo, a suportar visita pública em sua propriedade “não são indenizáveis, eis que não aniquilam por completo o direito de propriedade, ou seja, os poderes a ela inerentes, sendo facultados ao proprietário outros usos, desde que não importem agressão à área protegida”. (...)

A toda evidência, cumprir a lei não gera direito a indenização, da mesma forma que não existem taxas ou emolumentos que constitucionalmente possam conferir o direito de desobedecer às normas ambientais. Pelo contrário, o descumprimento da função social da propriedade é que enseja o direito da comunidade, lesada pela atitude do proprietário, de pleitear a reparação do dano. Aliás, se tal descumprimento atinge a dimensão ambiental da função social, responderá o proprietário pelo dano, independentemente da existência de culpa, nos termos do art. 14, §1º, 1ª parte, da Lei 6938/1981. (FIGUEIREDO, 2010, p. 114)

Destaca-se que a propriedade apenas pode ser regida por dispositivo legal em vigência à época de sua utilização e não por normas futuras, apenas cogitadas ou em processo legislativo, portanto, não pode haver a denegação de pedido de licença sem lei válida que a vede ou se estaria realizando uma limitação ilegal ao direito de propriedade do particular (FIGUEIREDO, 2005, p. 138).

A propriedade é um direito fundamental previsto constitucionalmente, que requer normas infraconstitucionais que lhe delineiem o conteúdo, devendo atender sua função social, em atenção ao previsto no art. 5º, XXIII, da CF. Não existe mais a noção de direito absoluto à propriedade, portanto, por mais garantias que o particular receba do ordenamento, deve compatibilizar o exercício do seu direito com o bem-estar da sociedade (FURQUIM, 2013, p. 50).

4.1.3 Relativização do direito fundamental à propriedade pelo instituto da função social da propriedade

O direito de propriedade é garantido pela Constituição Federal, contudo, deve ser exercido à luz da função social, conforme previsto no art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXII - é garantido o direito de propriedade;
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

O princípio da função social da propriedade surgiu em resposta a evolução histórica do instituto da propriedade, que demonstrou a necessidade de se limitar o direito de propriedade em prol da coletividade, relativizando seu antigo caráter absoluto e inviolável. Tal princípio nasceu para viabilizar uma vida em comunidade mais pacífica e organizada, atendendo ao bem comum. Neste sentido, Daniella Di Sarno (2004) esclarece que:

Assim, podemos dizer que a função social da propriedade ocorre no equilíbrio entre o interesse público e o privado, no qual este se submete àquele, pois o uso que se faz de cada propriedade possibilitará a realização plena do urbanismo e do equilíbrio das relações da cidade (DI SARNO, 2004).

É de interesse da sociedade o cumprimento da função social da propriedade, qual seja, o aproveitamento racional e adequado do solo, respeitando sua importância social, econômica e ambiental. Portanto, atendendo ao interesse coletivo, respeitando as condicionantes ao exercício do direito de propriedade, o proprietário terá em contrapartida seu domínio assegurado pelo Estado (SILVA, 2010, p. 70).

Conforme revela o art. 170 da CF, a função social é um dos princípios norteadores da ordem econômica, e pilar fundamental na busca por assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. (SILVA, 2005, p. 282)

As restrições ao direito de propriedade constituem um ônus decorrente da vida em sociedade, essenciais para que o direito de uma pessoa não entre em conflito com de outra, não sendo o princípio da função social da propriedade o conjunto de regras limitadoras do direito de propriedade, ele é o próprio contorno jurídico do instituto da propriedade (SILVA, 2010, p. 73).

Destaca-se que há certa confusão tanto pela doutrina como pelos tribunais entre a função social e as limitações de polícia. Segundo José Afonso da Silva (2010, p. 73) “não se confundem, porém. Limitações dizem respeito ao exercício do direito e

ao proprietário; enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo”. Frise-se, a função social não é a limitação em si ao direito de propriedade, mas sim o elemento desencadeador das regras limitadoras.

É no exercício regular da propriedade, com base nos interesses da sociedade, que se encontra a função social da propriedade, devendo salientar-se que deve haver um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem, para que tanto a coletividade como o particular tenham seus direitos respeitados. Neste sentido, Furquim (2013, p. 58) afirma:

[...] é importante salientar que a imposição do cumprimento de uma função social pela propriedade não significa uma *publicização* do instituto, com a retirada dos interesses e faculdades privadas a esse típicas. Significa a conformação do exercício do direito de propriedade de maneira que também beneficie à coletividade, ultrapassando a noção de benefício apenas individual, com traço visivelmente egoísta, provindo do liberalismo. (FURQUIM, 2013, p. 58)

Em nome do interesse público, a propriedade pode sofrer restrições, desde que previstas legalmente. No entanto, elas não podem ferir o conteúdo mínimo da propriedade invocando como motivo o princípio da função social da propriedade, ou seja, devem permitir o mínimo de seu aproveitamento econômico e de sua edificabilidade. No caso de a restrição a um imóvel impossibilitar a sua utilização, inviabilizando a retirada pelo proprietário de qualquer vantagem econômica e prática, caberá a ele o direito de indenização (MACRUZ; MACRUZ; MOREIRA, 2002, p. 23).

Por esse motivo, quando o Município indefere pedido de licença de construção, deve fazê-lo por ato motivado e de acordo com as normas legais vigentes, sob pena de estar incorrendo em ilegalidade. Neste sentido Hely Lopes Meirelles (2013, p. 217) disciplina:

Ilegal é a conduta da Prefeitura quando indefere sumariamente o pedido de construção ou de loteamento, sem dar oportunidade de correção do projeto ou do plano ao interessado, pois o construir e o lotear são direitos inerentes à propriedade e, por isso, não podem ser relegados ou suprimidos por ato unilateral da Administração, sem ser ouvido o proprietário. O que se reconhece ao Município é o poder de controle da construção e do loteamento urbano, para que se façam dentro das normas legais e regulamentares que condicionam tais atividades. Mas daí não se infere que a Prefeitura possa exigir mais do que a lei ou o regulamento impõem, ou possa condicionar o direito de construir ou de lotear além dos limites legais. Condicionar não é suprimir o direito; é ordenar o seu exercício segundo as exigências do interesse público. (...) Se há interesse público na área, incumbe à Administração interessada efetivar a justa e prévia indenização constitucional para apossar-se dos terrenos necessários e impedir a construção particular;

sem isto, a recusa da licença para construir ou lotear, quando o projeto ou o plano estiver em ordem, é ilegal e abusiva, podendo, mesmo, ser obtida por mandado de segurança, dada a ofensa a direito líquido e certo do proprietário. (MEIRELLES, 2013, p. 217)

Especificamente quanto à propriedade urbana, objeto do presente trabalho, o direito urbanístico revela que esta cumpre sua função social quando favorece a moradia e propicia condições adequadas de trabalho, lazer e circulação (SILVA, 2010, p. 75), respeitando leis urbanísticas e ambientais, assim como o Plano Diretor do Município, conforme dispõe o art. 182, §2º, CF⁶.

Ressalte-se que o instituto da função social da propriedade urbana é multifacetado, uma vez que abarca as dimensões ambiental, histórica, cultural, dentre outras, da propriedade. Nesse sentido, Guilherme Figueiredo (2010, p. 125) dispõe:

O princípio da função social da propriedade paira no ordenamento jurídico, na verdade, como um megaprincípio, que engloba os princípios da propriedade privada, da defesa do meio ambiente, dos valores sociais do trabalho e da defesa do consumidor, dentre outros. Ele, em si mesmo, não é uma regra suscetível de aplicação, mas pode se consubstanciar em regras jurídicas. Trata-se de um megaprincípio voltado à consecução da finalidade última de toda ordem jurídica democrática: a valorização da dignidade humana, que, no plano da normativa ambiental, é alcançada por regras que propiciem a vida com saúde e um meio ambiente natural e cultural que permita o desenvolvimento das potencialidades criativas do ser humano. (FIGUEIREDO, 2010, p. 125)

Quanto ao aspecto ambiental do princípio da função social da propriedade, ele assegura a legitimidade das restrições de caráter ambiental, permitindo-se restringir o exercício do direito de propriedade em prol do bem comum (FIGUEIREDO, 2010, p. 103).

É certo que a proteção de um bem ambiental é de vital importância para a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, por esse motivo, o interesse individual de intervenção na propriedade deve ser condicionado pelo interesse coletivo (SANTILLI, 2005).

⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

4.1.4 Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Limitador do Direito Fundamental à Propriedade

O meio ambiente sofreu progressiva degradação no âmbito mundial nos últimos séculos, o que alertou a sociedade sobre a importância de mantê-lo e preservá-lo (MILARÉ, 2014, p. 259). Portanto, no Brasil, ele foi elevado ao patamar de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, que prevê em seu art. 225 in verbis:

Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988)

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos fundamentais acostados na Constituição Federal de 1988, apesar de não estar previsto no rol exemplificativo do artigo 5º e, sim, no art. 225 da Carta Magna – possibilidade esta prevista no parágrafo 2º do art. 5º (MILARÉ, 2014, p. 260).

Trata-se de direito fundamental em si mesmo, mas também está diretamente relacionado à concretização dos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, o que acaba por colocá-lo em posição de destaque em virtude da importância de seu conteúdo (MILARÉ, 2014, p. 260).

Ademais, por tutelar direitos pertencentes a toda a coletividade, indistintamente, e não só desta geração, mas também das futuras, é possível dizer que trata-se também de um direito fundamental difuso e transgeracional (MILARÉ, 2014, p. 260).

Meio ambiente pode ser entendido como as “condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”, segundo o artigo 3º, inciso I, da Lei nº. 6.938/81 (BRASIL, 1981)

Na doutrina, ele é dividido nas seguintes categorias, de forma a tornar seu estudo mais didático: a) natural: composto pelo solo, ar atmosférico, água, fauna e flora; b) artificial: espaço construído pelo homem, seja em área urbana ou rural; c) cultural: formado por bens de natureza material e imaterial, de valor histórico, cultural,

turístico e paisagístico; e d) do trabalho: local em que o trabalhador exerce suas atividades (FIGUEIREDO, 2010, p. 39).

O ser humano apenas pode viver de forma saudável e com dignidade se tiver acesso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tal equilíbrio ecológico pode ser conceituado como um conjunto de fatores naturais em equilíbrio (MACHADO, 2015, p. 56), não um estado inalterável do meio ambiente, mas é uma situação estável, de harmonia entre os elementos que o compõem, conforme dispõe Paulo Affonso Leme Machado (2015, p. 150):

O equilíbrio ecológico não significa uma permanente inalterabilidade das condições naturais. Contudo, a harmonia ou a proporção e a sanidade entre os vários elementos que compõem a ecologia – populações, comunidades, ecossistemas e a biosfera – não de ser buscadas intensamente pelo Poder Público, pela coletividade e por todas as pessoas (MACHADO, 2015, p. 150).

É de suma importância a proteção do meio ambiente para a vida no planeta, então, diante de atividades potencialmente degradadoras, mesmo que não haja certeza científica acerca das consequências das intervenções, deve prevalecer a preservação do meio ambiente, conforme invoca o princípio da precaução⁷, uma vez que quando se souber dos efeitos prejudiciais das atividades questionadas, os danos delas decorrentes poderão já ser irreversíveis e irreparáveis (MILARÉ, 2014, p. 267).

Ressalte-se que o princípio da precaução não tem por finalidade inviabilizar atividades humanas, impedindo toda e qualquer intervenção no meio ambiente, mas sim preservar a qualidade de vida das presentes e futuras gerações (MACHADO, 2015, p. 88).

Para tanto, o desconhecimento dos efeitos de uma atividade em determinado local não deve servir de óbice para a adoção de medidas preventivas e mitigadoras⁸, que serão utilizadas independentemente da intensidade ou da gravidade do risco (MACHADO, 2015, p. 100).

⁷ O princípio da precaução deve ser invocado quando não houver certeza científica sobre as consequências de determinada atividade para o meio ambiente. Já o princípio da prevenção é aplicado quando o perigo é certo e são conhecidos os impactos decorrentes da instalação de um empreendimento (MILARÉ, 2014, p. 265/266).

⁸ Lei 12.608/12, Art. 2º É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre.

(...)

§ 2º A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco.

As intervenções administrativas de caráter ambiental que resultam em limitação ao exercício da propriedade buscam uma solução de equilíbrio entre o direito de propriedade individual e a defesa da qualidade de vida, no uso dos recursos ambientais (FIGUEIREDO, 2010, p. 103)

O direito fundamental difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dada a sua importância em si mesmo e sua conexão com a concretização de diversos outros direitos e preceitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, é passível de ser aplicado para o fim de restringir o direito fundamental à propriedade (inclusive por meio do próprio instituto da função social da propriedade) a fim de impedir que o gozo deste cause prejuízos à coletividade.

4.2 A PROTEÇÃO AMBIENTAL EXERCIDA PELO ESTADO NO ÂMBITO DO MEIO AMBIENTE URBANO

4.2.1 Meio ambiente urbano: características, peculiaridades e importância para a coletividade

A qualificação do solo como *urbano*, de acordo com José Afonso da Silva (SILVA, 2010, p. 80), “é função dos planos e normas urbanísticos, que lhe fixam o *destino urbanístico* a que fica vinculado o proprietário”. No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles (2005, p. 119) determina que delimitação da zona urbana é feita por lei municipal:

A delimitação da zona urbana deve ser feita por lei municipal, tanto para fins urbanísticos como para efeitos tributários. No primeiro caso, a competência é privativa e irretirável do Município, cabendo a lei urbanística estabelecer os requisitos que darão a área condição de *urbana* ou *urbanizável*, e, atendidos esses requisitos, a lei local delimitará o perímetro urbano, as áreas de expansão urbana e os núcleos em urbanização. No segundo caso (efeitos tributários), a lei definidora da zona urbana deverá atender aos requisitos do Código Tributário Nacional (art. 32, §§ 1º e 2º), estabelecidos para fins meramente fiscais. É de toda conveniência que a lei urbanística municipal faça coincidir as suas exigências com as do Código Tributário Nacional, ou, pelo menos, as imponha com maior rigor, a fim de que possa arrecadar na área o imposto predial e territorial urbano (MEIRELLES, 2005, p. 119).

A sociedade ocupa o solo urbano com o objetivo de morar, trabalhar, circular e ter recreação. No entanto, tais usos não podem ser feitos de modo desordenado ou

gerarão conflitos e um ambiente caótico para se viver, com diferentes graus de poluição e degradação socioambiental (MILARÉ, 2014, p. 539).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 30, VIII, delegou competência para o Município ordenar o espaço urbano, com isso, esse ente federativo é responsável por editar leis municipais criando parâmetros urbanísticos a serem cumpridos pela população e por analisar previamente cada construção, demolição ou reforma, a fim de verificar a conformidade do projeto com a legislação vigente (MILARÉ, 2014, p. 539).

De acordo com o art. 182 da Constituição Federal de 1988, “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Ressalte-se que a saúde e bem-estar da população urbana está diretamente atrelada à qualidade do meio ambiente natural, o que está demonstrado no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), que dispõe como diretrizes gerais da política urbana: garantia do direito a cidades sustentáveis; planejamento do desenvolvimento das cidades de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a deterioração das áreas urbanizadas (art. 1º, *caput* e art. 2º, I, IV e VI, “f” da Lei 10.257/01).

Assim, o ordenamento dos espaços urbanos pode ser vislumbrado como um instrumento da política ambiental, não podendo ser ignorados na implantação de uma política urbana os problemas relativos a poluição do ar, da água, sonora e visual e da ocupação desordenada, intervenção irregular em áreas verdes e lixo (MILARÉ, 2014, p. 993).

Saliente-se que a ocupação de um espaço urbano depende da aprovação da Prefeitura, para que seja verificada a sua adequação ao Plano Diretor do Município e às normas urbanísticas pertinentes. Nenhuma urbanização pode ocorrer fora dos padrões urbanísticos estabelecidos pelo Município e sem atendimento dos requisitos mínimos de higiene e saúde pública (MEIRELLES, 2005, p. 120).

O meio urbano é patrimônio da coletividade e concomitantemente agrega o direito individual à propriedade de diversos cidadãos. Para que haja sadia qualidade de vida para todos e um equilíbrio entre as vontades individuais e os interesses

coletivos, deve ser respeitado o ordenamento jurídico e as funções sociais da propriedade e da cidade.

4.2.2 Limites à fruição da propriedade urbana - uma análise acerca do direito de construir

O direito de construir está inserido no direito de propriedade, uma vez que se trata de uma decorrência natural do uso e gozo da propriedade. Em uma propriedade imóvel, é necessária a possibilidade de realizar construções para que o proprietário possa favorecer sua utilização e obter um aproveitamento econômico com o bem (MEIRELLES, 2005, p. 30).

No entanto, apesar da importância do direito de construir, ele não é absoluto, assim como o direito de propriedade, ficando limitado pelas relações de vizinhança e pelo bem-estar coletivo (MEIRELLES, 2005, p. 30). Neste sentido, o art. 1.299 do CC/02 prevê que “O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos” e os artigos seguintes estabelecem proibições para as edificações.

Observa-se pelo texto normativo do art. 1.299 supracitado que, em regra, o proprietário tem liberdade para construir o que quiser, mas há exceções, representadas por restrições a esse direito, que apenas são admitidas quando expressamente previstas em lei ou regulamento (MEIRELLES, 2005, p. 31).

Para Hely Lopes Meirelles (2005, p. 32), considera-se como construção:

Para fins de direito, entende-se por *construção* toda realização material e intencional do homem, visando a adaptar o imóvel as suas conveniências. Nesse sentido tanto é *construção* a *edificação* ou a *reforma* como a *demolição*, o *muramento*, a *escavação*, o *aterro*, a *pintura* e *demais trabalhos* destinados a beneficiar, tapar, desobstruir, conservar ou embelezar o prédio (MEIRELLES, 2005, p. 32).

A compra de um terreno não implica na intenção de se construir nele, afinal o indivíduo pode estar querendo criar uma área de preservação ambiental, ou fazer um investimento. No entanto, a construção no local pode até ser recomendável, uma vez que para se respeitar a função social da propriedade, deve-se evitar a especulação imobiliária (COELHO, 2012, p. 07).

A pessoa que possui um lote não é obrigada a construir, a não ser quando para o fim preservar a função social da propriedade (SILVA, 2010, p. 75). A Constituição Federal e o Estatuto da Cidade possibilitam ao Poder Público que exija do proprietário de imóvel não edificado, subutilizado ou não utilizado, em atenção ao interesse público, o adequado aproveitamento do bem, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios, e, em seguida, a aplicação de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a determinação de desapropriação (BRASIL, Constituição Federal, art. 182, §4º, I a III⁹).

O direito de construir nada mais é do que uma faculdade do proprietário, e, para ser exercido, é necessário respeitar a legislação vigente na época, estando, enquanto isso, sujeito às mudanças legislativas posteriores, como se verá adiante (COELHO, 2012, p. 07).

Cabe ao Poder Público, em especial o Municipal, o controle das construções por meio do exercício regular do seu poder de polícia, afinal, a realização de uma construção gera implicações no âmbito da segurança, saúde e bem-estar geral da população, devendo se harmonizar com o meio ambiente em que está inserida (MEIRELLES, 2005, p. 114).

Toda construção urbana está sujeita ao controle que exige a prévia aprovação do projeto pela Prefeitura, com a subsequente expedição do alvará de construção e de licença ambiental se for o caso, uma vez que a própria Constituição Federal outorga competência ao Município para promover o adequado ordenamento do solo urbano, mediante o controle de seu parcelamento, uso e ocupação (BRASIL, Constituição Federal, art. 30, VIII¹⁰).

⁹Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

¹⁰ Art. 30. Compete aos Municípios:

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

O provimento de licença para construir é requisito jurídico necessário à edificação. Apresentado o projeto por parte do proprietário, o poder público instaura processo administrativo para avaliar se ele atende aos requisitos legais em vigência, para então, em caso positivo, expedir o respectivo alvará.

Da mesma forma, a licença ambiental deverá ser requerida previamente ao poder público para que possa ser iniciada a construção. No entanto, saliente-se que, ao contrário da licença para construir, que é necessária na realização de qualquer empreendimento, a licença ambiental apenas é necessária em algumas situações, como se verá adiante.

4.2.3 Das construções que geram impacto ambiental ou se localizam em áreas ambientalmente protegidas

O licenciamento ambiental é um “procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (art. 2º, I, da Lei nº 140/2011).

O órgão ambiental competente avalia as características do empreendimento a ser instalado em determinado local e verifica se ele pode causar degradação ambiental, como a poluição do ar ou da água e a supressão de vegetação nativa, para por fim, se o particular atender a todos os requisitos previstos em lei, conferir licença ambiental, a qual pode estabelecer condições, como medidas mitigadoras e compensatórias, a serem cumpridas pelo particular.

A Resolução CONAMA nº 001/1986 conceitua impacto ambiental da seguinte forma:

Artigo 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

- I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- II - as atividades sociais e econômicas;
- III - a biota;
- IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
- V - a qualidade dos recursos ambientais. (BRASIL, 1986)

De acordo com a Resolução CONAMA nº 237/1997, art. 2º, a construção e instalação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependem de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis, como é o caso da licença de construção. Sendo que entende-se por recursos ambientais a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora e por degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente (art. 3º, II e V, Lei 6938/81).

A referida Resolução dispõe em seu Anexo 1 quais empreendimentos ou atividades estão sujeitos ao licenciamento ambiental, mas deixa claro que cabe ao órgão ambiental competente detalhar e complementar tal Anexo, levando em consideração as especificidades, os riscos ambientais, o porte e outras características do empreendimento ou atividade (art. 2º, §§1º e 2º, Res. CONAMA 237/97).

O anexo supramencionado estabelece como atividades ou empreendimentos sujeitas ao licenciamento ambiental: extração e tratamento de minerais, diversos tipos de indústrias, obras civis¹¹, serviços de utilidade, turismo, uso de recursos naturais, atividades agropecuárias e outras.

Assim, é possível concluir que, caso o particular pretenda realizar uma construção que não esteja prevista entre as categorias expostas acima e que não seja causadora de degradação ambiental, não se sobrepondo a uma área de proteção ambiental, como uma área de preservação permanente, por exemplo, não será exigido licenciamento ambiental (TRIBUNAL, 2004, p. 17).

Tal apontamento se mostra importante, porque no caso de ocorrer uma mudança legislativa no âmbito das normas ambientais e urbanísticas enquanto o particular estiver pretendendo realizar uma construção, o direito adquirido poderá ser gerado ou não, a depender da caracterização da área em que a obra de encontra. Esse ponto será discutido mais adiante, sendo conveniente primeiramente esclarecer o conceito de direito adquirido.

¹¹ O rol taxativo de obras consideradas "Obras Civis" são: rodovias, ferrovias, hidrovias, metropolitanos; barragens e diques; canais para drenagem; retificação de curso de água; abertura de barras, embocaduras e canais; transposição de bacias hidrográficas; outras obras de arte (Anexo 1, Res. CONAMA 237/97)

4.2.4 O instituto do direito adquirido em questões afetas ao meio ambiente urbano

O direito adquirido é aquele que foi conquistado por um indivíduo, mas não foi usufruído, ficando protegido da superveniência de lei nova, uma vez que todas as condições necessárias para o direito integrar o patrimônio do particular foram preenchidas (FIUZA, 2010, p. 87).

Como forma de conferir estabilidade às relações jurídicas, a Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, XXXVI, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O art. 6º, §2º da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro define o instituto do direito adquirido como “direito que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657 de 1942).

Para ser caracterizado como direito adquirido, o direito não pode ter se concretizado, ou se assemelharia ao ato jurídico perfeito, conforme José Afonso da Silva (2010, p. 295) dispõe:

É nesse contexto que poderá surgir o direito adquirido, que é precisamente o direito subjetivo integrado no patrimônio do titular, mas não exercido, a respeito do qual é que milita a garantia constante do art. 5º, XXXVI, da CF, que assegura seu exercício nos termos da lei sob a qual ele se constituiu, ainda que revogada por lei superveniente. Com ele não se confunde o direito subjetivo já exercido, que, então, não é meramente adquirido, porque passa a ser uma situação jurídica consumada, direito consumado, que se assemelha ao ato jurídico perfeito, transmudando-se em novo tipo de relação jurídica, que, para desfazer-se, demanda a composição de novos requisitos legais com efeitos específicos. (SILVA, 2010, p. 295)

Em regra, quando uma norma entra em vigor, ela tem efeitos imediatos e rege os atos presentes e futuros, não retroagindo para regular atos do passado, em respeito à segurança jurídica. Assim, os fatos constituídos sobre lei pretérita, são regulados pela lei que vigia na época, mesmo que o exercício do direito se dê posteriormente, na vigência de uma nova lei.

Observa-se, no entanto, que não se pode confundir “direito adquirido” com mera “expectativa de direito”. Tanto no primeiro quanto no segundo caso há a possibilidade de se exercitar um direito, no entanto apenas o direito adquirido integra o patrimônio de uma pessoa e é inalterável pelo arbítrio de outrem. A expectativa de direito é a esperança de adquirir um direito e depende de um acontecimento futuro, do preenchimento de um requisito legal para poder constituir um direito e por isso mesmo, é atingida por lei nova, que pode influenciá-la a partir do momento em que começa a vigorar (COELHO, 2012, p. 06).

Para melhor auxiliar na distinção desses dois termos, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, no seguinte julgado, dispõe que existem “ciclos de formação” e que enquanto eles não forem concluídos, ou seja, enquanto não forem preenchidos os requisitos necessários para a constituição de um direito, haveria apenas a “spes juris” (expectativa de direito):

A questão pertinente ao reconhecimento, ou não, da consolidação de situações jurídicas definitivas há de ser examinada em face dos ciclos de formação a que esteja eventualmente sujeito o processo de aquisição de determinado direito. Isso significa que a superveniência de ato legislativo, em tempo oportuno - vale dizer, enquanto ainda não concluído o ciclo de formação e constituição do direito vindicado - constitui fator capaz de impedir que se complete, legitimamente, o próprio processo de aquisição do direito (RTJ 134/1112 - RTJ 153/82 - RTJ 155/621 - RTJ 162/442, v.g.), inviabilizando, desse modo, ante a existência de mera "spes juris", a possibilidade de útil invocação da cláusula pertinente ao direito adquirido. (RE 322.348-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/11/2002, DJ 06-12-2002 PP-00074 EMENT VOL-02094-03 PP-00558).

Para se verificar se há direito adquirido ou mera expectativa de direito para o exercício do direito de construir diante da superveniência de lei nova, é essencial avaliar o momento de expedição e aplicação da licença de construção, bem como a regularidade de eventual licença ambiental.

Portanto, a seguir serão analisadas as seguintes situações: obra que não cause impacto ambiental, sem licença para construir; obra que não cause impacto ambiental, com licença para construir, antes do início da obra e depois; obra que não cause impacto ambiental, com licença para construir, quando ocorreu alguma ilegalidade no processo administrativo ou na execução da construção; e obra que cause impacto ambiental, com licença para construir, mas licença ambiental obtida ou executada de forma irregular.

4.3 SITUAÇÕES JURÍDICAS QUE REFLETEM A PROBLEMÁTICA EM ESTUDO – UMA BREVE ANÁLISE

4.3.1 Obra que não cause impacto ambiental, sem licença para construir

As construções afetam as feições da cidade, por isso, de modo a atenderem ao interesse público e se harmonizarem à paisagem, devem respeitar os parâmetros urbanísticos. Para tanto, um projeto de construção deve ser apresentado à Prefeitura, juntamente a outros documentos, de modo a possibilitar ao poder público municipal conhecer a futura obra e confrontá-la com os dispositivos legais em vigência. Cumprindo todos os requisitos, o projeto será aprovado e será expedido o respectivo alvará de construção. Por outro lado, havendo alguma irregularidade no projeto, o ente municipal deverá conceder prazo para sua correção (MEIRELLES, 2005, p. 210).

O provimento do alvará de construção é requisito jurídico prévio e necessário à nova obra a ser erguida em terreno urbano. Sobre o tema, José Marcelo Ferreira Costa (2004, p. 87) disciplina:

O caráter impositivo da obtenção prévia da licença edilícia é inquestionável, a ponto de ser dever da Administração – quando constatada sua inexistência ou irregularidade – embargar a obra em andamento e, por consequência, proceder a demolição compulsória da mesma. Se a edificação é clandestina, a demolição sumária dispensa maiores providências acauteladoras por parte do Poder Público. (COSTA, 2004, p. 87)

Ressalte-se que José Afonso da Silva (2010, p. 435) estabelece alguns princípios gerais das licenças urbanísticas, dentre eles, o caráter vinculado, dispondo que:

(b) caráter vinculado, que se manifesta no momento de sua outorga, entendendo-se, por isso, que não podem ser legitimamente negadas quando o requerente demonstra ter preenchido todas as exigências e requisitos previstos em lei para o exercício da faculdade licenciável, sem embargo da existência de boa margem de discricionariedade técnica da Administração. (SILVA, 2010, p. 435)

Importante observar que cumprir os requisitos legais a que o supracitado autor se refere, requer primeiro que se analise quais normas estariam vigendo e se novas leis teriam a capacidade de influenciar processo de licenciamento já iniciado.

Ora, como visto anteriormente, o direito de construir é uma faculdade legal e está sujeito a diversas limitações legais e administrativas, bem como está condicionado à função social da propriedade, não integrando o patrimônio do proprietário, o qual não tem direito adquirido de construir pela simples aquisição da propriedade. Assim, caso o proprietário pretenda construir, deverá obedecer às normas vigentes à época do pedido de licença de construção e enquanto não o faz, pode ver as limitações ao seu direito de construir ser alteradas por posteriores mudanças legislativas, ficando sujeito aos ditames da nova norma que entrou em vigor (COELHO, 2012, p. 08).

Ressalte-se que não há que se falar aqui em retroatividade da lei nova, uma vez que ela estenderá seus efeitos apenas do momento em que entra em vigência em diante. Paulo Affonso Leme Machado, citando Pontes de Miranda, declara:

As novas normas “não são retroativas, mas também incidem desde logo: as leis que exigem autorização administrativa para certo fato ou ato, bem como as que as dispensam, ou a modificam; as leis de Direito Público relativas à propriedade e ao seu exercício (construções perigosas, higiene, medidas necessárias à defesa nacional, servidões públicas); as leis concernentes ao exercício das profissões...”.

Acrescenta o respeitado jurista: “A cada passo se diz que as normas de Direito Público – administrativo, processual e de organização judiciária – são retroativas e contra elas não se podem invocar direitos adquiridos. Ora, o que em verdade acontece é que tais normas, nos casos examinados, não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos para que incidam desde logo. O efeito que se lhes reconhece é normal, o efeito do presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo que é anormal”. (MIRANDA apud MACHADO, 2015, p. 243)

Cabe destacar que, de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal (RTJ 7/415 e RTJ 54/197), diante da demora injustificada do Município em licenciar uma construção, o proprietário pode dar início a obra respeitando as normas vigentes à época, sob a ressalva de que, caso o projeto seja indeferido por não atender os requisitos legais ou pela superveniência de lei nova incompatível com a obra, precisará demolir a construção. No entanto, não se pode considerar o silêncio da Prefeitura como ato de aprovação do projeto, senão quando a norma pertinente assim o estabelece expressamente, conforme entendeu o STF no RE 37.634 BA (Relator Ministro Barros Barreto, Julg. 15/09/1958, RTJ 7/415).

É indispensável a existência de lei municipal prevendo expressamente que após determinado período de análise do pedido de licença, ele será considerado automaticamente aprovado. Não havendo essa cominação, o transcurso do prazo de

aprovação autorizará apenas o início da obra, mas sempre sujeita à decisão final da Prefeitura, como entendeu o STF no seguinte julgado:

Ementa: Demolição de obras iniciadas antes da licença. 1. Se a lei local tolera o início da construção, após certo prazo contado do pedido de aprovação da planta, mas sujeita o proprietário à demolição, se a licença vier a ser denegada, não se pode falar em direito adquirido, nem em lei retroativa. 2. Interpretação do Direito local não dá lugar a recurso extraordinário. (STF. RE 68954 SP, Relator Ministro Aliomar Baleeiro. Julg. 23/04/1970. RTJ 54/197)

A legislação local estabelecerá o efeito que a omissão da Administração terá na análise do pedido de licença para construção. Será um silêncio negativo caso a legislação preveja que o transcurso de determinado prazo sem decisão do Poder Público implica no indeferimento da licença ou ainda, ficará caracterizado o silêncio positivo se a decorrência do prazo sem que haja resposta importe outorga da licença (SILVA, 2010, p. 441).

Conclui-se que, não tendo a pessoa a devida licença de construção concedida pelo Município, seja por demora deste ou inércia do próprio particular, se houver mudança dos parâmetros urbanísticos tornando-os mais restritivos, ela seria obrigada a se adaptar à nova lei, mesmo que a construção já tivesse sido iniciada sem a licença de construção, posto que esta, nos moldes que solicitada, era apenas uma expectativa do proprietário, que nunca chegou a se concretizar.

4.3.2 Obra que não cause impacto ambiental, com licença para construir

O surgimento de legislação contrária aos termos do alvará expedido, ou a mudança do interesse público, como por exemplo ocorre diante da necessidade de obra pública na região do terreno do particular possuidor da licença de construção, causam dúvida quanto as consequências trazidas aos alvarás de construção já emitidos.

Ao obter o alvará de construção, o indivíduo tem um prazo determinado para concluir a obra. Porém, caso, por exemplo, entre em vigor nova lei que altere os parâmetros urbanísticos da região da obra licenciada, o proprietário do imóvel de posse da licença, poderia ser afetado por essa mudança legislativa? Isto é, ele possui direito adquirido de construir?

Pois bem, entende o STF (RTJ 125/1361) que se a obra ainda não tiver sido iniciada quando for criada nova lei, o alvará poderá ser revogado por motivo de conveniência e oportunidade da Administração, não havendo, portanto, que se falar em direito adquirido, devendo ser indenizadas as despesas efetivamente realizadas com o projeto da obra ou com a obtenção do alvará. No entanto, se a obra tiver sido iniciada, o alvará já não poderá mais ser revogado, haja vista que aqui sim estará protegido pelo manto do direito adquirido (RTJ 79/1016).

Em posicionamento contrário ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, Dallari (2011, p. 34) entende que o direito adquirido se estabelece a partir da concessão da licença de construção, como se verifica a seguir:

O direito abstrato de construir não gera “direito adquirido”, podendo, sim, ser alterado por lei superveniente. É da licença que nasce o “direito adquirido” à realização de uma específica e determinada edificação.

Lúcia Valle Figueiredo, em seu Disciplina Urbanística da Propriedade, atribui à licença para construir a natureza jurídica de ato constitutivo formal, “possibilitando àquele em favor de quem é expedida, o direito de levar a cabo a construção, nos termos em que lhe foi deferida”, deixando claro que o direito de construir surge com o deferimento do pedido de licença, incorporando-se, então, ao patrimônio do requerente. Isso não impede, entretanto, que a lei seja alterada, mas o titular da licença, durante seu prazo de validade, tem direito de edificar tal como constante da outorga, mesmo que lei superveniente altere as condições de edificabilidade no local. (DALLARI, 2011, p. 34)

Ressalte-se que a obrigação de indenizar em virtude da revogação da licença na obra não iniciada ocorre, não porque o alvará de construção passou a integrar o patrimônio do interessado, mas porque o ato administrativo de revogação gerou um dano a terceiro, e sempre que a Administração Pública provocar dano a terceiro, estará obrigada a ressarcir-lo, independentemente de dolo ou de culpa, conforme insculpido no art. 37, § 6º¹², da Constituição Federal. Se o proprietário não tiver tido qualquer gasto com contratação de mão de obra e compra de materiais, não será cabível indenização.

Observa-se que a licença concedida não fica imune às eventuais alterações legislativas posteriores em prol do interesse público, que fundamenta a sua

¹² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

revogação, a não ser que a lei nova tenha ressalvado o direito do particular ou que tenha sido iniciada a obra. Assim, conclui-se que o alvará de construção, uma vez emitido, gera apenas uma expectativa de direito (COELHO, 2012, p. 14).

No caso de renovação de licença que perdeu seu prazo de validade, reconhece-se à municipalidade o direito de rever as condições em que aquela fora anteriormente concedida, por ter havido alteração das normas para construção no local. Desse modo, se a licença anteriormente concedida, outorgando mera faculdade de construir, não chegou a ser exercitada, ela não gerou direito imune à superveniência de regras novas editadas no interesse público. Acerca do tema, decisão do Supremo Tribunal Federal:

Direito de construir. Inexistência de direito adquirido à construção, porque sequer iniciada, quando sobreveio lei nova, de ordem pública, que a impediu. Precedentes. RE indeferido. Agravo de instrumento com seguimento negado pelo relator do STF. Agravo regimental improvido. (Ag. 121.798 – Ag. RG. – RTJ 125/1361)

Portanto, se ao tempo da renovação do alvará a legislação não for a mesma de sua expedição, o requerente terá que adaptar o projeto às novas normas. A exceção ocorre no caso de a legislação superveniente prever expressamente que ela deve ser afastada no caso de pedidos de aprovação de projetos feitos anteriormente a ela. Nesta situação, negar a concessão da licença por motivo de interesse público pelo surgimento de lei nova municipal, seria o mesmo que tornar sem efeito a lei, mas ela é insuscetível de ser afastada pela Administração Pública, que é sujeita ao princípio da legalidade. Esclarece a seguinte decisão do STF:

Licença de construção. Indeferimento com base em critério da legislação municipal anterior que determinou, quanto a pedidos feitos anteriormente a ela, que fossem examinados a luz da legislação vigente quando de sua apresentação. Se a legislação local posterior determinou, como reconhece o acórdão recorrido, que os requerimentos de licença de construção fossem apreciados a luz da legislação vigente ao tempo de sua apresentação, não pode a administração pública sobrepor o seu critério de avaliação a esse respeito ao da própria lei. Essa circunstância afasta o argumento "a fortiori" com base na possibilidade de revogação de licença de construção, cuja obra não foi iniciada, sob o fundamento de conveniência ditada pelo interesse público, pois, neste caso, essa conveniência não foi apreciada nem afastada pela lei vigente. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 93108, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Segunda Turma, julgado em 07/11/1980, DJ 13-02-1981 PP-00754 EMENT VOL-01199-03 PP-00658 RTJ VOL-00100-01 PP-00351)

Assim, o Município pode negar pedido de licença feito à época de vigência de lei anterior por conta de lei posterior, desde que como visto, não haja expressa previsão contrária nesse sentido, uma vez que não há direito adquirido pelo simples protocolo do projeto de construção na Prefeitura.

O direito de construir integra definitivamente o patrimônio do particular (direito adquirido) somente com o início da obra em si, uma vez que passa a existir direito de propriedade sobre a construção, como bem explica José Afonso da Silva (2010, p. 290):

(...) a licença para construir pode ser pura e simplesmente revogada, antes de ser iniciada a construção; mas, iniciada a construção, o problema muda de feição, pois, então, passou a existir direito de propriedade sobre a construção, ainda que apenas iniciada – direito, esse, que não pode ser atingido por ato administrativo que, com base em legislação nova, vise a revogar a autorização em virtude da qual se praticaram os atos necessários a que ele surgisse; essa revogação é obstada pela existência desse direito adquirido (o direito de propriedade sobre a construção); (SILVA, 2010, p. 290)

Neste sentido, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Licença de construção – Revogação. Fere o direito adquirido a revogação de licença de construção por motivo de conveniência, quando a obra já foi iniciada. Em tais casos, não se atingem apenas 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 já 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 85.002-SP. Rel. Min. Moreira Alves. Julg. 01/06/1976. RTJ 79/1016).

EMENTA: Direito de construir. Mera faculdade do proprietário, cujo exercício depende de autorização do Estado. Inexistência de direito adquirido à edificação anteriormente licenciada, mas nem sequer iniciada, se supervenientemente foram editadas regras novas, de ordem pública, alterando o gabarito para construção no local. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental improvido. (STF. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 135.464-0/RJ. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgamento: 05 de maio de 1992)

1) NÃO É REVOGAVEL O ATO ADMINISTRATIVO REGULAR, DE QUE NASCEU DIREITO INDIVIDUAL. 2) NÃO PODE A MUNICIPALIDADE REVOGAR LICENÇA PARA CONSTRUÇÃO, DURANTE A EXECUÇÃO DA OBRA E SEM QUE HAJA NULIDADE A DECLARAR. (RE 49916, Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Segunda Turma, julgado em 24/07/1962, DJ 30-08-1962 PP-02389 EMENT VOL-00514-02 PP-00766)

A revogação se dá pelo controle do mérito e será feita quando houver superveniência de motivo de interesse público que vá contra a realização da obra licenciada, como:

(a) Mudança das circunstâncias – seja por haverem desaparecido as que motivaram sua outorga ou por sobrevirem outras que, se existissem antes, teriam justificado sua denegação; (b) adoção de novos critérios de apreciação – em que a incompatibilidade da atividade licenciada deriva de uma modificação posterior que a Administração introduziu no ordenamento jurídico urbanístico, quer aprovando novo plano diretor, quer modificando o existente, quer aprovando nova lei de zoneamento ou modificando a existente, com efeitos negativos para a manutenção da licença e do direito reconhecido ao particular com sua outorga; (c) erro na sua outorga – o erro que supõe a equivocada apreciação de circunstâncias reais não é um erro de fato, que em todo momento poderia ser sanado pela Administração; mas um erro de classificação, de valoração, de interpretação, etc.; quer dizer, um erro de direito. O erro, no entanto, pode gerar uma ilegalidade na outorga da licença, caso em que seu desfazimento deverá ser feito por anulação, e não por revogação – o que tem consequências diversas (SILVA, 2010, p. 448).

O poder discricionário da Administração não pode se sobrepor à garantia constitucional do direito adquirido, portanto, a revogação, que ocorre por motivos de conveniência e oportunidade como visto acima, não é possível quando o direito já integra o patrimônio do particular. Iniciada a construção, surge o direito do proprietário de dar continuidade à obra até o termo final do prazo de validade da licença e o direito adquirido gerado neste caso não pode ser atingido por ato administrativo que, com base em legislação nova, vise revogar a licença.

4.3.3 Obra que não cause impacto ambiental, com licença de construção obtida ilegalmente ou construção em desacordo com o alvará

Como já visto, o direito de construir é uma faculdade jurídica, inserida dentro do direito de propriedade, que apenas pode ser exercida quando autorizada pelo Poder Público, o qual realizará um controle prévio para se certificar de que a edificação atende ao interesse coletivo.

No entanto, pode ocorrer de o processo administrativo de obtenção do alvará ser corrompido, por exemplo, por erro do Município ou corrupção do servidor ou ainda, o alvará pode ser concedido regularmente, mas o proprietário desrespeitar as especificações do projeto, contrariando a licença de construção.

São distinguíveis três situações para a invalidação do alvará de construção: a revogação, analisada nos itens anteriores, que ocorre quando sobrevier motivo de interesse público que exija a não realização da obra licenciada; a cassação, quando ocorrer descumprimento incorrigível do projeto durante sua execução; e a anulação, quando o alvará for obtido com fraude ou desobediência à lei (MEIRELLES, 2013, p. 222).

A princípio, o início de obra com alvará de construção expedido gera o direito adquirido, porém, havendo vício na licença, não há impedimento para a anulação do ato, conforme prevê a súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

O direito adquirido não é capaz de ser gerado por licença que não tenha respeitado os requisitos legais autorizadores do direito de construir, tornando o particular vulnerável a posteriores mudanças legislativas. Abordando o assunto, cabe destacar o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. LICENÇA DE CONSTRUÇÃO. A INVALIDADE DO ALVARÁ CONCEDIDO PELA AUTORIDADE MUNICIPAL, POR AUTORIDADE ESTADUAL, TENDO EM VISTA A SUA ILEGALIDADE, A CONTRARIEDADE AO INTERESSE PÚBLICO E ATÉ POR DESCUMPRIMENTO DO TITULAR NA EXECUÇÃO DA OBRA, RETIRA A SUA PRESUNÇÃO DE DEFINITIVIDADE E O DESQUALIFICA COMO ATO GERADOR DE DIREITO ADQUIRIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 106931, Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA, Segunda Turma, julgado em 15/04/1986, DJ 16-05-1986 PP-08188 EMENT VOL-01419-03 PP-00595)

O caráter vinculado das licenças urbanísticas indica que elas estão restritas ao rigor da lei, de forma que sua concessão ou execução com infringência das exigências legais faz com que elas possuam um vício de legalidade, o que as torna nulas, podendo o Poder Público rever seu ato, de ofício, ou qualquer interessado apontar o erro.

Quanto às consequências da invalidação da licença, Lúcia Valle Figueiredo (2005, p. 153) aponta que, caso a construção seja passível de regularização, deverá ser embargada até que o particular providencie novo alvará e, se não puder ser regularizada, deverá ser demolida pelo responsável do imóvel:

Se a obra se encontrar em construção e for passível de regularização, deverá ser embargada até que, diligenciando, a parte, a expedição de uma nova licença, reinicie a obra, para conformá-la ao ordenamento vigente. Se não for passível de regularização, deverá a parte demoli-la e, havendo descumprimento da ordem de demolição, pleiteará a Administração, ao Judiciário, que obrigue à demolição. (FIGUEIREDO, 2005, p. 153)

Ademais, ao contrário do que ocorre no caso de revogação da licença, a anulação e a cassação não geram qualquer direito de indenização ao interessado por possíveis prejuízos causados. No entanto, é necessário haver um processo administrativo para averiguar a irregularidade do alvará, em que serão respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme ensina Hely Lopes Meirelles (2013, p. 222):

Em qualquer dessas hipóteses, a Prefeitura deverá apontar o motivo invalidatório e dar oportunidade de defesa ao interessado, antes de efetivar a invalidação do alvará, e só o fará, em despacho motivado, se inaceitáveis as razões opostas. (...) Se ocorreu ilegalidade na expedição do alvará ou se a construção está sendo feita em desacordo com o projeto aprovado, tais circunstâncias deverão ser comprovadas em regular processo administrativo punitivo, para desconstituir a situação anteriormente constituída no processo administrativo de outorga, que erigiu a construção em direito subjetivo do requerente. (MEIRELLES, 2013, p. 222)

Ressalte-se que a omissão do exercício do poder de polícia pelo Poder Público não convalida a situação irregular do particular, haja vista que inexistente direito adquirido em licença de construção obtida ou executada de forma ilegal. Desse modo, tendo a licença sido concedida por simples falha do Município na análise do caso, ou ainda, se o titular da obra descumprir os termos da licença, o alvará não será capaz de gerar qualquer direito ao particular, ficando assim a construção, iniciada ou não, sujeita a mudanças legislativas posteriores.

4.3.4 Obra que cause impacto ambiental ou se encontre em área ambientalmente protegida

Conforme foi revelado acima, para que possa ser iniciada uma construção no perímetro urbano de um Município é necessário que o particular obtenha um alvará de construção, preenchendo os requisitos legais vigentes à época do pedido de

aprovação do projeto e passando pelo devido processo administrativo, sendo que a licença para construir concedida não gera direito adquirido, apenas o início da construção de forma regular gera.

Entretanto, caso o lote esteja localizado em área ambientalmente protegida ou o empreendimento a ser implantado cause impacto ambiental, além do alvará de construção, deverá ser requerida perante o órgão ambiental competente uma licença ambiental para se intervir na área, não podendo a obra ser iniciada sem ela (MILARÉ, 2014, p. 845). Tal conduta, inclusive, é considerada crime pela Lei 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais:

Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

O licenciamento ambiental permite ao Poder Público avaliar o impacto ambiental que a edificação poderá causar, bem como controlar seus efeitos por meio da determinação de medidas compensatórias e mitigadoras a serem cumpridas pelo particular.

Da ausência da licença ambiental, mesmo que presente o alvará de construção, não é possível decorrer o direito adquirido, haja vista que iniciar uma obra sem a devida licença ambiental é uma conduta ilegal e, conforme visto no capítulo anterior, não são gerados direitos a partir de uma ilegalidade. Pelo mesmo motivo, uma licença ambiental concedida em desrespeito às normas ambientais é incapaz de proteger o particular diante de mudanças legislativas (COELHO, 2012, p. 16).

Ora, não podem ser toleradas situações prejudiciais ao meio ambiente por simples respeito ao direito adquirido, assim, é o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência de que simplesmente não há direito adquirido em matéria de direito ambiental (MILARÉ, 2014, p. 842)

Desse modo, mesmo que a licença de construção e a licença ambiental tenham sido devidamente emitidas e, antes ou mesmo depois da construção houve alteração das normas ambientais, restringindo os parâmetros de construção, o particular não tem direito adquirido de manter sua obra, devendo se adaptar às novas regras, uma vez que a proteção do meio ambiente é do interesse público e, portanto,

se sobrepõe a qualquer direito do particular. Neste sentido, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS AMBIENTAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO PROBATÓRIO. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (...) O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL PERMANENTE. CÓRREGO EM ÁREA URBANA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO E DOS PROPRIETÁRIOS. INDENIZAÇÃO. (...) A omissão do exercício do poder de polícia administrativa pelo Poder Público não confere direito subjetivo ao particular que deixou de sofrer limitação ou restrição em seu direito, pois inexistente direito adquirido à licença ou autorização para uma obra. Respondem pelos danos ambientais, de forma solidária, todos aqueles que atuaram na causa do dano: (...). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 4. Razão jurídica não assiste ao Agravante. 5. O Tribunal de origem decidiu a controvérsia nos termos seguintes: **“Inexiste direito adquirido de um particular que obteve licença ou autorização para uma obra () Uma vez detectado o prejuízo ao meio ambiente, a propriedade passa a prejudicar o interesse coletivo e contrariar a própria função social da propriedade, justificando até mesmo a retroação dos efeitos de uma legislação nova. () Visto isso, é possível afirmar que ainda que os proprietários tenham iniciado a obra às margens do Córrego Cercadinho munidos de licença expedida pelo órgão competente, e mesmo que a obtenção de licenciamento pressuponha o preenchimento dos requisitos legais pelo particular, por se tratar de ato administrativo vinculado, se esta licença se mostra contrária à legislação ambiental, não se pode sustentar qualquer direito dela decorrente.** (...) Vê-se, portanto, que a concessão de licença para construir, a ocorrência de atividade antrópica na região, com diversos imóveis na mesma situação, ou mesmo a boa-fé na construção da edificação não são capazes de afastar a responsabilidade dos requeridos” (...) (STF - AI: 856568 MG, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 07/08/2012, Data de Publicação: DJe-160 DIVULG 14/08/2012 PUBLIC 15/08/2012) (grifo nosso)

Ressalte-se que a Resolução CONAMA nº 237/1997 prevê prazos para análise das licenças ambientais, sendo que eles podem ser alterados por normas dos Estados e Municípios (art. 18, *caput*). No entanto, o descumprimento desses prazos legais pelo órgão ambiental competente não implica deferimento tácito da licença, bem como não autoriza a prática do ato dela dependente, conforme dispõe o art. 14, §3º, da Lei Complementar 140/2011 (MILARÉ, 2014, p. 833).

Além disso, a licença ambiental tem um prazo de validade que será determinado pelo órgão ambiental competente e poderá ser renovada, desde que tal renovação seja requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação do órgão decisório (art. 14, §4º, da Lei Complementar 140/2011). Neste processo de

renovação da licença ambiental, o proprietário do imóvel também deverá se adaptar às novas normas ambientais em vigência.

Destaca-se que, no momento do requerimento da licença ambiental é dever do particular fornecer as informações corretas sobre seu terreno, bem como o Município é o responsável por verificar se o particular cumpre os requisitos para receber a licença ambiental e por constatar se a área a ser construída está sobreposta a uma área ambientalmente protegida ou se da construção poderá advir um dano ambiental, uma vez que é obrigação constitucional dos Municípios, assim como dos demais órgãos federativos, preservar o meio ambiente e evitar danos a ele (COELHO, 2012, p. 16).

A omissão do exercício do poder de polícia pelo Poder Público não convalida as irregularidades da licença ambiental, bem como não confere direito ao particular de construir sem as restrições previstas em lei (MACHADO, 2015, p. 327).

Licença que cause prejuízo ao meio ambiente, com intervenção em área de preservação por exemplo, vai contra o interesse público e a função social da propriedade, portanto, não pode ser reconhecida como fato gerador do direito adquirido. Neste sentido, expõe Milaré (2014, p. 276):

Com efeito, não se pode falar, na espécie, em qualquer direito adquirido na exploração dessas áreas, pois, com a Constituição de 1988, só fica reconhecido o direito de propriedade quando cumprida a função social ambiental, como seu pressuposto e elemento integrante, pena de impedimento ao livre exercício ou até de perda desse direito. (MILARÉ, 2014, p. 276)

De acordo com o art. 19, *caput*, da Resolução CONAMA nº 237/1997, o órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar, suspender ou cancelar uma licença expedida. A modificação se dará no caso de ocorrência de situação imprevisível, que possa ser resolvida por meio da simples alteração das condicionantes e medidas de controle, de modo a minimizar os riscos de danos ambientais (MILARÉ, 2014, p. 836).

A licença ambiental poderá ser suspensa nas hipóteses de (i) omissão de informações relevantes durante o processo licenciatório, passível de sanção, bem como de (ii) superveniência de graves riscos para o meio ambiente e a saúde, superáveis mediante a adoção de medidas de controle e adequação (MILARÉ, 2014, p. 838).

Já o cancelamento ocorrerá quando a licença ambiental (i) for expedida em flagrante dissonância com a ordem jurídica, (ii) for subsidiada por falsa descrição de informações relevantes, ou (iii) pela superveniência de graves riscos para o ambiente e a saúde, insuscetíveis de superação. Além disso, de acordo com o Decreto 6.514/08, art. 18, I e II, o descumprimento do embargo pode ensejar o cancelamento da licença (MILARÉ, 2014, p. 838).

Note-se que, na hipótese de modificação, cancelamento ou suspensão da licença ambiental, não há que se falar em violação à proteção ao direito adquirido, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido...”, pois ele não chegou a ficar caracterizado. O direito de erigir a construção não integrou o patrimônio do particular diante da importância da proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, conforme preconiza o art. 225 da Constituição Federal¹³ e da maior relevância do interesse público em detrimento do particular (MILARÉ, 2014, p. 803).

Além da suspensão ou do cancelamento da licença ambiental, outras medidas que seriam tomadas para proteger o meio ambiente seriam o embargo ou a demolição da obra, previstas no Decreto 6.514/08.

Constatada infração ambiental pela obra não possuir a devida licença ambiental, ou por estar em desacordo com ela, ou ainda, por representar risco de dano à saúde ou ao meio ambiente, a Administração deve exercer seu poder de polícia para embargar a obra, tendo por “objetivo impedir a continuidade do dano ambiental, propiciar a regeneração do meio ambiente e dar viabilidade à recuperação da área degradada” (art. 108, *caput*, Decreto 6.514/08)

Já a sanção de demolição de obra poderá ser aplicada, após o contraditório e ampla defesa, quando a construção estiver em área ambientalmente protegida ou quando a obra realizada não atenda às condicionantes da legislação ambiental e não seja passível de regularização (art. 19, I e II, Dec. 6.514/08). O particular será notificado para realizar a demolição e, caso não cumpra a determinação, o poder público o fará, devendo as despesas com o ato ser reembolsadas pelo particular (art. 19, §§1º e 2º, Dec. 6514/08).

¹³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Como exemplo de construção com irregularidade insanável, tem-se algumas casas que são construídas nas praias, o que enseja a demolição, como pode se observar na seguinte decisão:

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDIFICAÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DUNAS E VEGETAÇÃO DE RESTINGA. ACÓRDÃO REGIONAL QUE, EMBORA RECONHEÇA A IRREGULARIDADE, MANTÉM A EDIFICAÇÃO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º, F, E PARÁGRAFO ÚNICO, E 3º, B, E § 1º, DA LEI 4.771/1965. CONFIGURADA. DEMOLIÇÃO DA CONSTRUÇÃO E RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. NECESSIDADE. 1. Na origem, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina propôs ação civil pública contra os antigos e o atual proprietário de imóvel, pois teriam edificado em área de preservação permanente de dunas e de vegetação de restinga fixadora das dunas ("Praia do Santinho - Bairro do Ingleses"), pleiteando a demolição da edificação, sem prejuízo da recuperação ambiental e da indenização por danos morais coletivos. 2. Ao negar provimento ao recurso de apelação do Parquet, o Tribunal de origem entendeu por bem, "mesmo verificando a possibilidade de real impacto ambiental e considerando que a área em análise deveria de fato ser preservada" (fl. 237, e-STJ), manter as edificações irregulares na área de preservação permanente de dunas e restingas. 3. **Todavia, estando a construção edificada em área prevista como de preservação permanente, limitação administrativa que, só excepcionalmente, pode ser afastada (numerus clausus), cabível sua demolição com a recuperação da área degradada**, haja vista contrariedade direta aos arts. 2º, f, parágrafo único, e 3º, b, § 1º, da Lei 4.771/1965, interpretados restritivamente. 4. Ademais, as "restingas" são ecossistemas associados ao bioma "Mata Atlântica", encontrando proteção também no art. 2º da Lei 11.428/2006 (Lei da Mata Atlântica). Agravo regimental provido para, em realinhamento do meu entendimento, conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial. (STJ - AgRg no AREsp: 571389 SC 2014/0216737-3, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 13/10/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2015)

A demolição do imóvel em situação irregular não é uma ingerência indevida na propriedade, porque afinal, o proprietário não tinha direito de erguer a construção naquele local. O direito de propriedade não se sobrepõe ao direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente sustentável (MILARÉ, 2014, p. 394).

Ressalte-se que, na eventualidade de um terceiro comprar um imóvel já com características que desrespeitem a nova lei ambiental, a ele caberá reparar o dano, haja vista que, esta obrigação tem natureza real - *propter rem*, ou seja, se adere ao título de domínio ou posse, transmitindo-se ao sucessor no caso de transferência do imóvel (MACHADO, 2015, p. 878). Conforme preceitua o Superior Tribunal de Justiça, inexistente direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 282 DO STF. FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ECOLÓGICA DA

PROPRIEDADE E DA POSSE. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO DANO AMBIENTAL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. DIREITO ADQUIRIDO DE POLUIR. 1. A falta de prequestionamento da matéria submetida a exame do STJ, por meio de Recurso Especial, impede seu conhecimento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF. 2. Inexiste direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome. 3. Décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente. 4. As APPs e a Reserva Legal justificam-se onde há vegetação nativa remanescente, mas com maior razão onde, em consequência de desmatamento ilegal, a flora local já não existe, embora devesse existir. 5. Os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação propter rem, isto é, aderem ao título de domínio ou posse. Precedentes do STJ. 6. Descabe falar em culpa ou nexa causal, como fatores determinantes do dever de recuperar a vegetação nativa e averbar a Reserva Legal por parte do proprietário ou possuidor, antigo ou novo, mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição. Sendo a hipótese de obrigação propter rem, desarrazoado perquirir quem causou o dano ambiental in casu, se o atual proprietário ou os anteriores, ou a culpabilidade de quem o fez ou deixou de fazer. Precedentes do STJ. 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.... (STJ - REsp 948921 SP 2005/0008476-9, data de publicação: 11/11/2009) (grifo nosso)

De forma a proteger o meio ambiente para as gerações futuras, torna-se imperativo cobrar de quem se beneficia do imóvel a responsabilidade de recuperar a área degradada, não sendo relevante descobrir quem causou o dano, pois esta apuração poderia se estender por décadas de proprietários, sem que houvesse comprovação de quem originou ou expandiu o dano, gerando prejuízo ao meio ambiente esta falta de definição para a cobrança da obrigação (MILARÉ, 2014, p. 429).

A responsabilidade ambiental é objetiva, não sendo necessário demonstrar a culpa, apenas o dano e o nexa causal, dada a relevância do bem jurídico tutelado. Ressalte-se que a responsabilidade ambiental além de objetiva é solidária, pois no texto do art. 14, § 1º, da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, tem a obrigação de reparar o poluidor direto e indireto. Assim, todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a existência da conduta danosa são responsáveis pela reparação (MILARÉ, 2014, p. 441).

Saliente-se que, independentemente de quem tenha causado o dano cabe ao atual dono do imóvel reparar as perdas ambientais. Quem adquire imóvel com irregularidades perante a legislação de proteção do meio ambiente, recebe-o não só

com seus atributos positivos e benfeitorias, como também com os ônus ambientais que sobre ele incida, inclusive o dever de recuperar dano ambiental perpetrado pelo antigo proprietário (COELHO, 2012, p. 20).

Consoante bem pontuado pelo Ministro Herman Benjamin, no REsp nº 650728/SC, 2ª Turma, unânime:

(...) 11. É incompatível com o Direito brasileiro a chamada desafetação ou desclassificação jurídica tácita em razão do fato consumado. 12. As obrigações ambientais derivadas do depósito ilegal de lixo ou resíduos no solo são de natureza propter rem, o que significa dizer que aderem ao título e se transferem ao futuro proprietário, prescindindo-se de debate sobre a boa ou má-fé do adquirente, pois não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa. 13. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem. 14. Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81.(...). DJ 02/12/2009. (grifo nosso)

Acerca da boa-fé do proprietário ou possuidor do terreno, Osvaldo de Oliveira Coelho (2012, p. 20) dispõe que ela não tem relevância dado o dever do particular de obedecer as normas de direito ambiental:

Nem se argumente a questão da boa-fé do proprietário. Tal elemento não integra o conceito de direito adquirido. Por mais incauto e honesto que seja o proprietário, por mais que atue de boa-fé ao iniciar a construção, tem ele o dever legal de obedecer às regras de direito ambiental. Sua responsabilidade pelos danos causados é sempre objetiva. O dano a ser ressarcido é sempre o dano ambiental provocado, esteja o poluidor de boa ou de má-fé.

Não pode o proprietário alegar desconhecimento da lei (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil), subsistindo sempre o seu dever de indenizar.

Logo, deve-se cercar de todas as cautelas possíveis antes de adquirir um terreno e, principalmente, antes de efetuar algum corte de vegetação ou iniciar alguma construção.

O particular, de acordo com o seu dever constitucional de preservação do meio ambiente, deverá sempre evitar adquirir áreas que são ou possam vir a ser consideradas de preservação permanente, a fim de que a natureza neste local seja preservada. Contudo, se o adquirente assim atua, comprando terrenos nas proximidades de cursos d'água ou em topo de morro, por exemplo, o faz por sua conta e risco. Sabe ele, ou ao menos deveria saber, que sua propriedade estará onerada pela função social. Sabe ele também que há normas de direito ambiental que restringem, sobremaneira, a utilização de áreas ambientalmente protegidas. Se mesmo assim, resolvendo adquirir tal área, com o fim de especular, construir, plantar etc., deverá estar ciente do risco, vez que não tem direito adquirido de construir, mas uma mera expectativa de construir, que pode se concretizar ou não. (COELHO, 2012, p. 20)

Assim, diante de uma possível lesão ao meio ambiente por conta de uma construção em espaço ambientalmente protegido ou pela superveniência de lei mais restritiva, tem-se que a existência de licença de construção e licença ambiental não são capazes de proteger o particular, mesmo que ele tenha comprado o imóvel após a ocorrência da degradação ambiental, uma vez que a proteção do meio ambiente se sobrepõe ao interesse do particular, impedindo inclusive a formação de um direito adquirido.

5 CONCLUSÃO

A propriedade, depois de ser considerada por muito tempo um direito absoluto, deve agora atender à sua função social, conforme preconiza o art. 5º, XXIII da CF. O princípio da função social da propriedade é o contorno jurídico do instituto da propriedade, o elemento desencadeador das regras limitadoras, não devendo ser confundido com as limitações de polícia, que dizem respeito ao exercício do direito e ao proprietário.

Destaca-se que, no caso específico da propriedade urbana, esta cumpre sua função social quando favorece a moradia e propicia condições adequadas de trabalho, lazer e circulação, respeitando leis urbanísticas e ambientais, assim como o Plano Diretor do Município.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como o direito de propriedade, também é um dos direitos fundamentais acostados na Constituição Federal de 1988, no entanto, não está previsto no rol exemplificativo do artigo 5º e, sim, no art. 225 da Carta Magna. A proteção do meio ambiente é de vital importância para a concretização dos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, sendo, para tanto, permitido restringir o exercício do direito de propriedade em prol do bem comum.

Inserido no direito de propriedade, está o direito de construir, por se tratar de uma decorrência natural do uso e gozo da propriedade. Esse instituto garante liberdade para aquele que pretende construir, desde que respeitada a legislação vigente na época, estando o proprietário, enquanto isso, sujeito às mudanças legislativas posteriores.

Observa-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 30, VIII, delegou competência para o Município ordenar o espaço urbano, com isso, esse ente federativo é responsável por editar leis municipais criando parâmetros urbanísticos, bem como por fiscalizar cada construção, demolição ou reforma, a fim de verificar a conformidade do projeto com a legislação vigente. Por este motivo, toda construção urbana deve ter seu projeto apresentado à Prefeitura, que irá instaurar processo administrativo para avaliar se ele atende aos requisitos legais em vigência, para então, em caso positivo, expedir o respectivo alvará de construção e licença ambiental se for o caso.

A licença ambiental, ao contrário da licença de construção, não é necessária na realização de qualquer empreendimento, mas apenas aqueles utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.

É necessário realizar tal distinção, uma vez que, no caso de ocorrer uma mudança legislativa no âmbito das normas ambientais e urbanísticas enquanto o particular estiver pretendendo realizar uma construção, o direito adquirido poderá ser gerado ou não, a depender do tipo do empreendimento a ser implantado no local ou da caracterização da área em que a obra de encontra.

O direito adquirido se forma quando um indivíduo que cumpriu todos os requisitos para ter um direito assegurado, mas ainda não o usufruiu, fica protegido da superveniência de lei nova, uma vez que todas as condições necessárias para o direito integrar o patrimônio do particular foram preenchidas.

Ressalte-se que não se pode confundir “direito adquirido” com mera “expectativa de direito”. Enquanto no primeiro caso o direito integra o patrimônio de uma pessoa e é inalterável pelo arbítrio de outrem, no segundo há apenas a esperança de se adquirir um direito, sendo necessário o preenchimento de um requisito legal para poder constituir um direito e por isso mesmo, a expectativa de direito é atingida por lei nova, que pode influenciá-la a partir do momento em que começa a vigorar.

Como forma de se verificar se há direito adquirido ou mera expectativa de direito para o exercício do direito de construir diante da superveniência de lei nova, é essencial avaliar o momento de expedição e aplicação da licença de construção, bem como a regularidade de eventual licença ambiental.

Pois bem, na hipótese de a construção não causar impacto ambiental ou não se encontrar em área ambientalmente protegida, se o interessado não atendeu a todos os requisitos legais para que o direito integrasse seu patrimônio, ou se atendeu e obteve a licença de construção, mas não iniciou a obra quando da entrada em vigência de uma nova lei, ele possui apenas expectativa de direito e portanto, tem que se adaptar aos novos parâmetros urbanísticos estabelecidos. O direito de construir integra definitivamente o patrimônio do particular somente com o início da obra em si, não havendo direito adquirido pelo simples protocolo do projeto de construção na Prefeitura.

Ressalte-se que, ao se renovar uma licença de construção, reconhece-se à municipalidade o direito de rever as condições em que aquela fora anteriormente concedida, não havendo imunidade à superveniência de regras novas editadas no interesse público.

Enquanto a obra não for iniciada, a licença poderá ser revogada, devendo ser indenizadas as despesas efetivamente realizadas com o projeto da obra ou com a obtenção do alvará. No entanto, o poder discricionário da Administração não pode se sobrepor à garantia constitucional do direito adquirido, portanto, a revogação, que ocorre por motivos de conveniência e oportunidade, não é possível quando o direito já integra o patrimônio do particular, ou seja, iniciada a construção, surge o direito do proprietário de dar continuidade à obra até o termo final do prazo de validade da licença, a não ser que haja vício na licença.

De um alvará obtido ou executado de forma ilegal não se originam direitos, não havendo, portanto, impedimento para a anulação do ato e paralisação da obra, uma vez que, nestes casos, o início da construção não é qualificada como fato gerador de direito adquirido.

Lado outro, se a construção gerar impacto ambiental ou for realizada em área ambientalmente protegida, em nenhuma hipótese ficará caracterizado o direito adquirido, mesmo o proprietário tendo obtido a licença de construção e a licença ambiental de forma regular. Isso ocorre porque, uma vez detectado o prejuízo ao meio ambiente, a propriedade passa a prejudicar o interesse coletivo e contrariar a própria função social da propriedade, justificando até mesmo a retroação dos efeitos de uma legislação nova, devendo o particular se adaptar às novas regras.

Havendo alguma irregularidade na licença ambiental, ela poderá ser modificada, suspensa ou cancelada, enquanto a obra será embargada ou demolida, a fim de recuperar qualquer dano ambiental ou evitar a sua ocorrência.

Destaca-se que há prazos para análise das licenças ambientais pelo órgão público competente. No entanto, o descumprimento desses prazos legais não implica deferimento tácito da licença, bem como não autoriza a prática do ato dela dependente.

Além disso, a licença ambiental tem um prazo de validade e ela poderá ser renovada desde que o proprietário do imóvel se adapte às novas normas ambientais em vigência e que tal renovação seja requerida com antecedência mínima de 120

(cento e vinte) dias da expiração de seu prazo, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação do órgão decisório.

Por fim, resta apontar que, na eventualidade de um terceiro comprar um imóvel já com características que desrespeitem a nova lei ambiental, a ele caberá regularizar a situação do licenciamento ambiental ou reparar o dano, haja vista que, esta obrigação tem natureza real - *propter rem*, ou seja, se adere ao título de domínio ou posse, transmitindo-se ao sucessor no caso de transferência do imóvel.

Assim, conclui-se que, o alvará de construção, uma vez emitido, gera apenas uma expectativa de direito, enquanto a obra não for iniciada regularmente e executada respeitando os parâmetros estabelecidos pelo Município. Da mesma forma, a licença ambiental é incapaz de resguardar o particular de mudanças legislativas posteriores, devendo prevalecer a proteção do meio ambiente, de forma a proporcionar à população qualidade de vida e respeito à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de Março de 1824.**

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 10/01/2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 10/01/2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 10/01/2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 10/01/2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 10/01/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 10/01/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 15/08/2016.

BRASIL. **Decreto nº 6.514 de 22 de julho de 2008.** Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm> Acesso em: 28/01/2017.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 4.657 de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 15/08/2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº1 de 17 de outubro de 1969.** Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm> Acesso em: 10/01/2017.

BRASIL. **Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> Acesso em: 02/02/2017.

BRASIL. **Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 01/02/2017.

BRASIL. **Lei 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm> Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 05/05/2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140 de 08 de dezembro de 2011**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm> Acesso em: 28/01/2017.

BRASIL. **Resolução CONAMA nº 01, de 23 de janeiro de 1986**. Disponível em:
<<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>> Acesso em: 04/01/2017.

BRASIL. **Resolução CONAMA nº 237 de 19 de dezembro de 1997**. Disponível em:
<<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>> Acesso em: 16/12/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 05/10/2016.

COELHO, Osvaldo de Oliveira. **Direito de Construir, Direito Adquirido e Direito Ambiental**. Disponível em:
<http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/41/24> Acesso em: 08 de agosto de 2016.

COSTA, José Marcelo Ferreira. **Licenças Urbanísticas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coord.). **Direito urbanístico e ambiental**. 2. Ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em:
<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antecoriores-%C3%A0->

cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 9 de maio de 2016.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. Barueri, SP: Ed. Manole, 2004.

FERREIRA, Simone Nunes. **Direito de propriedade**: nas Constituições brasileiras e do Mercosul. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32614-39895-1-PB.pdf>> Acesso em: 23/01/2017.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FIUZA, César. **Direito Civil**: Curso Completo. 14. Ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FURQUIM, Cláudia do Amaral. **O Direito de Construir na Perspectiva Urbanístico-Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito brasileiro ambiental**. 23. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MACRUZ, João Carlos; MACRUZ, José Carlos; MOREIRA, Mariana. **O Estatuto da Cidade e seus instrumentos urbanísticos**. São Paulo: LTr, 2002.

MARÉS, Carlos. Função social da propriedade. *In*: SONDA, Claudia e TRAUZYNSKI, Silvia Cristina. **Reforma agrária e meio ambiente**: teoria e prática no Estado do Paraná. Curitiba: ITCG, 2010

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 11 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza jurídica do zoneamento**: efeitos. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43481/42144>> Acesso em: 13/12/2016.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 2º ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis/ Instituto Socioambiental/ Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25° ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 5° ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUSA, Rainer Gonçalves. **Absolutismo**. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/politica/absolutismo-2.htm>> Acesso em: 28/01/2017.

TRIBUNAL de Contas da União. **Cartilha de licenciamento ambiental**. Brasília : TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2004. Disponível em: <http://www.ambiente.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/cart_tcu.PDF> Acesso em: 07/02/2017.