

Anotações sobre o Certificado de Conclusão de obra regularmente licenciada na cidade de São Paulo¹

Sérgio Rizzi²

O presente trabalho objetiva examinar o regime jurídico do Certificado de Conclusão de obra regularmente licenciada na cidade de São Paulo e o indeferimento do requerimento de sua expedição por falta de pagamento do imposto sobre serviço de qualquer natureza.

1. Competência Legislativa do Município

A competência legislativa do Município em matéria urbanística é ampla e decorre do art. 30, VIII, da Constituição da República. Essa norma assegura ao Município promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

1 Escrevi essas anotações em homenagem à colega Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, Procuradora do Estado de inteligência incisiva e brilhante, com quem tive o privilégio de dividir a atividade consultiva durante alguns anos. Ela sempre procurou com sua grande generosidade preparar as melhores e mais completas soluções nas tarefas jurídicas que me eram distribuídas. Nela prevaleciam o talento e o conhecimento – qualidades resumidas numa forma imodificável de apresentar seus trabalhos. As suas minutas de despachos e seus pareceres eram versões definitivas, por serem juridicamente perfeitos.

2 Subprocurador Geral do Estado de São Paulo aposentado. Graduado e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde é Professor dos cursos de graduação e pós-graduação; examinador de concursos para Magistratura, Ministério Público e Procuradoria do Estado; membro do Conselho de Redação da Revista de Processo, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual. É autor do livro “Ação Rescisória”, publicado pela Editora Revista dos Tribunais, além de inúmeros artigos e pareceres constantes em revistas especializadas.

O eminente constitucionalista e Procurador do Estado, José Afonso da Silva, ao comentar esse inciso, escreveu: “A exigência constitucional é a de que o Município promova, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo” (inciso VIII).

Ao contextualizar o texto constitucional em referência, o festejado professor lembrou que o art. 21, XX, declara competir à União instituir *diretrizes* para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos, enquanto o art. 182 estabelece que 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”.

Ressalta ainda José Afonso da Silva que: “A competência municipal conferida no inciso em comentário não é suplementar. É exclusiva e não comporta interferência do Estado nem da União, salvo em relação a esta pelas diretrizes, que está autorizada a fixar (arts. 21, XX, e 182). Vê-se, ainda, pelo dispositivo em comentário, que a finalidade do planejamento local é o adequado ordenamento do território municipal com o objetivo de disciplinar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo urbano” (Comentário Contextual à Constituição, Malheiros Editores, 8ª ed. 2012, p. 315/316).

Dentro desse universo legislativo, o Município tem competência legislativa para emitir o Certificado de Conclusão de obra, tradicionalmente denominado “habite-se”.

O Certificado de Conclusão de obra é ato administrativo derivado de autoridade competente para regular o uso da habitação.

Esse ato administrativo somente é emanado depois de realizado exame da obra pelo órgão competente da Administração Pública, com a finalidade de atestar sua conformidade com os projetos devidamente aprovados – nos termos da legislação pertinente e da declaração prestada no requerimento para a expedição do Certificado de Conclusão de obra –, bem ainda de conferir segurança aos habitantes do imóvel e também à coletividade.

Trata-se de uma das manifestações fundamentais da Administração municipal e é ato declaratório emitido *in solidum*, podendo, assim, ser sindicado no plano de sua legitimidade.

O Certificado de Conclusão de obra externa conhecimento das condições de habitabilidade da edificação. A ausência desse certificado configura habitação irregular, passível de sanções administrativas, civis e criminais.

No âmbito do poder de polícia de construções manifestado pelo Município, que tem competência para reconhecer aos indivíduos o direito subjetivo de construir, encontra-se o de expedir o “habite-se”, depois de vistoriar a edificação, verificar se foram atendidas as normas técnicas aprovadas no projeto e se foi dado cumprimento à legislação específica.

No essencial, esse poder de polícia tem por objeto “a segurança das pessoas”, sejam os operários, os próprios moradores, os vizinhos ou os transeuntes (cf. Nelson Schiesari, *Direito Administrativo*, 4ª ed., Saraiva, 1982, p. 126).

Ao cuidar do tema, o eminente jurista José Afonso da Silva preleciona que a função do Certificado de Conclusão de obra “é verificar, a posteriori, o cumprimento das exigências edilícias e urbanísticas relativamente à execução da obra. Sua outorga presume essa observância e indica que a edificação recebeu uma atestação pública de idoneidade para o uso específico a que se destina, e para tanto pode ser ocupada” (*Direito urbanístico brasileiro*, 5ª ed., Malheiros, 2008, p. 456). Como ato administrativo e em respeito à ordem constitucional (art. 37, caput, da CR), o Certificado de Conclusão de obra deve subordinar-se aos princípios que fundam os atos da Administração Pública.

No particular, é preciso investigar mais de perto os princípios da legalidade, motivação, finalidade e razoabilidade.

1. Princípio da legalidade. O Certificado de Conclusão de obra é ato administrativo inferior à lei, e, portanto, só pode ser expedido em conformidade com o princípio da legalidade.

Na clássica lição de Hely Lopes Meirelles, “a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso” (*Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., Malheiros, 2006, p. 87).

Visto que o princípio da legalidade significa que a administração só pode fazer o que a lei permite, cabe investigar de qual lei formal devem

resultar, no caso concreto, a licitude ou a necessidade jurídica da atividade administrativa.

É indubitável que o Certificado de Conclusão de obra é ato administrativo que assegura o início da utilização da edificação, cujo projeto encontrava-se autorizado pela Administração municipal, e como tal sua expedição deve ser subordinada às normas edilícias vigentes.

Na cidade de São Paulo, a expedição do Certificado de Conclusão de Obra está condicionada ao preenchimento dos requisitos estabelecidos no Decreto n.º. 38.058, de 15/6/1999, no qual se lê:

II – Da expedição do certificado de conclusão

Art. 8º – Para obtenção do Certificado de Conclusão, o interessado deverá protocolar requerimento, de acordo com o disposto nas Seções 3.9 da Lei n.º 11.228, de 25 de junho de 1992, e 3.I do Decreto n.º 32.329, de 23 de setembro de 1992, instruído, ainda, com declaração assinada pelo proprietário do imóvel e pelo responsável técnico da obra, com firma reconhecida, afirmando expressamente que:

I – a obra está executada:

a) de acordo com o projeto aprovado, concluída parcial ou totalmente, e em condições de higiene e habitabilidade; ou

b) com pequenas alterações, não sujeitas a nova licença, conforme previsto nos itens 3.9.2 e 30.10.6.1 da Lei n.º 11.228, de 25 de junho de 1992, e 3.I.2 e 3.I.6 do Decreto n.º 32.329, de 23 de setembro de 1992;

II – as fundações, as estruturas e as instalações hidráulicas, elétricas e de gás foram executadas de acordo com os projetos técnicos específicos, nominando os responsáveis técnicos pelos projetos e pela execução, e anexando o Atestado de Responsabilidade Técnica – ART, de cada profissional;

III – os projetos referidos no inciso anterior e os arquivos de ensaio estarão à disposição, a qualquer tempo, para exame dos órgãos competentes;

IV – foram cumpridas eventuais obrigações impostas por ocasião de emissão dos Alvarás de Aprovação e Execução, através

de ressalvas, condicionantes para a expedição do Certificado de Conclusão;

V – os signatários estão cientes de que a obra objeto do Certificado de Conclusão, mesmo após a sua expedição, poderá ser vistoriada pela Prefeitura, com a finalidade de constatar a conformidade da obra com os termos de declaração prestada;

VI – os signatários estão cientes de que a constatação de qualquer irregularidade resultará em cassação do Certificado de Conclusão, sem direito a qualquer indenização;

VII – os signatários conhecem as obrigações e penalidades previstas na legislação em vigor e firmam o documento sob as penas do artigo 299 do Código Penal.

Parágrafo único – A sistemática prevista no “caput” deste artigo aplica-se, também, às obras que tenham sido objeto de Alvará de Licença para Residência Unifamiliar, nos termos das Seções 3.10 da Lei 11.228, de 25 de junho de 1992, e 3.I do Decreto nº 33.329, de 23 de setembro de 1992.

Art. 9º – O Certificado de Conclusão de obra regularmente licenciada deverá ser expedido no prazo máximo de dez (10) dias corridos, contados de acordo com o disposto no artigo 11 da Lei nº 11.228, de 25 de junho de 1992, desde que comprovado o atendimento dos seguintes requisitos:

I – o requerimento esteja devidamente instruído com a declaração de que trata o artigo 8º deste decreto;

II – os documentos exigidos nos termos do Decreto nº 32.329, de 23 de setembro de 1992, tenham sido aprovados;

III – não haja pendência de multas incidentes sobre a obra;

IV – não haja expediente administrativo em tramitação, envolvendo ação fiscalizatória de embargo ou interdição, nos termos da Lei nº 11.228, de 25 de junho de 1992, relativo à obra objeto do pedido.

Parágrafo único – O pedido de Certificado de Conclusão protocolado sem observância dos requisitos elencados nos incisos I a

IV será indeferido, devendo o respectivo despacho ser publicado no prazo máximo estabelecido no “caput” deste artigo.

Dessas normas não pode o administrador público afastar-se sob risco de violar o princípio da legalidade. O indeferimento do Certificado de Conclusão de obra, quando ilegal, baseado em motivo juridicamente inválido para fundamentar a recusa da Administração Pública, é ato arbitrário, que conduz ao reconhecimento de sua invalidação.

Além disso, o ato da autoridade municipal, por seu fundamento, também pode ser considerado manifestamente inconstitucional, uma vez que suprime alguns direitos fundamentais derivados do direito constitucional de *propriedade*.

O art. 5º, *caput*, da Constituição da República, contempla a seguinte redação: “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*” (destacou-se).

Se a Municipalidade de São Paulo se negasse de forma continuada a conferir o Certificado de Conclusão de obra, estaria configurado verdadeiro *interdito* permanente sobre a propriedade particular.

Haveria um verdadeiro “congelamento da propriedade por tempo indeterminado”, nas expressões empregadas pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar processo em que o indeferimento mostrava-se continuado (RDA 49/225).

Esse “congelamento da propriedade” a que se referiu o Supremo Tribunal Federal reflete-se não só em impedimento de “*habitação*”, como provoca, também, indiscutível *desvalorização da propriedade*, porque o imóvel fica desprovido de sua precípua destinação urbana: a habitação.

O indeferimento do Certificado de Conclusão de obra, quando ilegal e permanente, pode tornar a propriedade sem valor comercial, ou, empregando a expressão consagrada no antigo Código Civil (arts. 69 e 520, II), pode tornar o imóvel propriedade “*fora do comércio*”, porque o imóvel perderá sua função urbana e, conseqüentemente, seu valor comercial, dado que não interessa a ninguém *imóvel inabitável* no centro urbano.

Em suma: o poder de limitar o uso da propriedade não pode significar a desmedida do poder de aniquilar, uma vez que aquele somente

pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com o interesse público e com a finalidade da lei. É um poder cujo exercício não deve ater o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*.

Exigências ilegais, sejam quais forem, impostas pela Municipalidade de São Paulo, para que possa ser expedido o Certificado de Conclusão de obra, constituirão ato que inegavelmente configurará desvio de poder.

Não há que cogitar, na matéria, do exercício de um poder discricionário pela Municipalidade, mas de verdadeiro ato vinculado.

O Decreto n.º. 38.058/99 cuida do indeferimento da Certidão de Conclusão de obra apenas nos casos em que há pendências de multa incidentes sobre a obra. Essas multas incidentes sobre a obra cumprem função coercitiva semelhante ao que ocorre no direito processual civil com as *astreintes* (art. 461, §5º, do Código de Processo Civil), e não se confundem com eventual obrigação contratual se existente entre o proprietário e a Municipalidade.

Estabelece o princípio da legalidade que todo ato administrativo está sujeito a três sistemas de controle: administrativo, legislativo e judiciário.

Inegavelmente, “o jurisdicional é o mais importante, e se realiza com base na garantia do acesso ao Judiciário, mediante procedimentos ordinários, sumariíssimos e especiais, mormente pela utilização de um dos remédios constitucionais” (José Afonso da Silva, Comentário Contextual à Constituição, Malheiros Editora, 2012, 8ª ed., p. 88). O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem enfrentado o problema do indeferimento do Certificado de Conclusão de obra pela Municipalidade de São Paulo em casos em que a Administração Pública condiciona a expedição desse documento à obtenção de prévia certidão negativa de débitos para com a Municipalidade, conforme documentado nas seguintes decisões (Ap. Cív. 624.780.5/7, rel. Des. Antonio C. Malheiros, j. 20/5/2008; Ap. Cív. 447.504-5/9-00, rel. Des. Borelli Thomaz, j. 12/8/2009; Ap. Cív. 929.623-5/5-00, rel. Des. Marcondes Machado, j. 22/10/2009).

2. Princípio da motivação. De outro lado, o ato administrativo que assegura a expedição do Certificado de Conclusão de obra deve ser motivado, por constituir garantia de legalidade.

Por intermédio da motivação, o administrador público revela sua ação administrativa, indicando os fatos que ensejam o ato e os preceitos jurídicos que autorizam sua prática. Para que o ato seja legal, “é necessário que haja uma coincidência entre o motivo de fato e o motivo de direito descrito na lei” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Da discricionariedade administrativa*, Tese/USP, São Paulo, 1990, p. 54).

Conforme leciona Caio Tácito, “o diagnóstico de compatibilidade da substância dos atos administrativos com a finalidade legal a que estão adstritos conduz a que o exame de sua validade não se contenha nos aspectos exteriores da manifestação de vontade. O controle de legalidade evoluiu para verificar a existência real dos motivos determinantes da decisão administrativa, a importar no acesso à motivação expressa ou implícita do ato administrativo. A motivação é, em certos atos, exigência legal de sua validade. Mesmo, porém, quando não exigida, cabe ao intérprete, atento aos antecedentes que condicionam a emissão do ato de vontade do administrador, verificar se os motivos são verdadeiros e aptos a produzir o resultado. E, mais ainda, o exame da motivação do ato permitirá ao controle da legalidade avaliar se o nexos causal entre os motivos e o resultado do ato administrativo atende a dois outros requisitos essenciais: o da proporcionalidade e o da razoabilidade, que são igualmente princípios fundamentais condicionantes do poder administrativo. Os princípios de que a ação administrativa deve conduzir a um resultado razoável e proporcional à finalidade da lei inibe o abuso do poder e o arbítrio da autoridade, permitindo ao administrado a lícita fruição de seus direitos e interesses legítimos” (Princípio da legalidade e o poder de polícia, *RDA* 242/196).

É por meio da motivação que se torna possível discernir sobre a existência e veracidade dos motivos e a adequação do interesse público.

Por conseguinte, é nula a motivação do ato que indefere ilegalmente Certificado de Conclusão de obra. A nulidade da motivação conduz à nulidade do próprio ato administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz: “[...] o que torna exigente a motivação quando não imposta explicitamente pela lei, é a necessidade de sua existência como meio para aferir-se a consonância do ato com as condições e finalidades normativas previstas para ele. A motivação é um instrumento de garantia dos administrados. Donde há de ser considerada indis-

pensável nos casos em que a ausência de motivação contemporânea ao ato que impeça ulterior certeza de que foi expedido segundo os exatos termos e requisitos da lei. [...] Com efeito, sua falta (da motivação) tornará possível à Administração ‘fabricar’ um motivo, uma apreciação ou uma alegação que sirvam para ‘justificar’ serodidamente a providência que adotou, impedindo um exame seguro, certo, real, da lisura do ato” (*Ato Administrativo e Direitos Administrativos*, Revista dos Tribunais, 1981, p. 76-77).

Extraí-se do escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado. [...] por meio da motivação, é possível verificar a existência e veracidade dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos pela lei” (*Direito administrativo*, 8ª ed., Atlas, p. 175).

Como exigência do Estado Democrático de Direito, a edição do ato administrativo reclama motivação específica, sendo considerado absolutamente nulo o ato administrativo não fundamentado ou cuja fundamentação se mostre deficiente ou, ainda, destoante dos fatos que deram origem à emissão do ato administrativo.

Nesse particular, Antônio Carlos de Araújo Cintra assevera: “A insuficiência da motivação abrange a sua precisão, que importa em levar em conta as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto, não se contentando com afirmações genéricas e vagas com meras repetições da linguagem da lei, com simples referência ao ‘interesse público’ à ‘necessidade do serviço’, etc.” (*Motivo e motivação do ato administrativo*, Revista dos Tribunais, 1979, p. 126).

Para finalizar, “dependendo de como o legislador define os fatos ensejadores de determinada conduta da Administração, poderá haver discricionariedade ou vinculação quanto ao motivo” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Da discricionariedade administrativa*, Tese/USP, São Paulo, 1990, p. 54).

No rumo dessas doutrinas, é possível afirmar que, ao indeferir a expedição do Certificado de Conclusão de obra, a Administração não pode adotar como motivo determinante situação jurídica que não encontra correspondência na lei.

3. Princípio da finalidade. Decorrente do interesse público, o princípio da finalidade revela o verdadeiro sentido e alcance do ato administrativo, indicando a atuação da atividade da Administração Pública correspondente.

Como ato jurídico praticado no exercício da função administrativa, o ato administrativo consubstancia um dever do Poder Público de exercer sua atividade com a finalidade de impor o dever de satisfação do interesse previsto na norma jurídica, ou seja, o cumprimento de uma finalidade legal, tal como anotou Rui Cirne Lima (*Princípios de direito administrativo*, 5ª ed., Malheiros, 1982, p. 22).

Reproduzindo a afirmativa de Celso Antonio Bandeira de Mello, tantas vezes invocada pela doutrina e pela jurisprudência, conclui-se que “é a finalidade e só a finalidade o que dá significação às realizações humanas. O Direito, as leis, são realizações humanas. Não compreendidas suas finalidades, não haverá compreensão alguma do Direito ou de uma dada lei” (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, Malheiros, p. 47).

Na classificação das atribuições da administração pública, dentre as atribuições auxiliares, surge a de expedir o Certificado de Conclusão de obra, desde que cumpridas as exigências da legislação relativa ao direito de construir, com a finalidade de habitação.

O Certificado de Conclusão da obra caracteriza-se como ato vinculado e, por afetar a esfera jurídica do particular, demanda motivação para verificar se o particular cumpriu todos os requisitos delineados na lei para sua concessão, observando-se se houve estrito cumprimento na execução do projeto e se a obra concluída oferece segurança para os habitantes e os transeuntes.

Quando a autoridade administrativa pratica o ato com finalidade diversa daquela estabelecida na norma para a expedição da Certidão de Conclusão da Habitação, incide no insanável vício denominado desvio de finalidade.

O desvio de finalidade é configurado quando uma autoridade administrativa, com competência suficiente para expedir um ato, de acordo com a forma, o exerce, não em vista ao fim para o qual se haja investido dessa competência, senão para outros fins.

Uma decisão da autoridade municipal que indeferisse a expedição do Certificado de Conclusão de Obra, sob a motivação de que o requerente ainda não demonstrou a quitação de obrigações não relacionadas diretamente com a construção, configuraria desvio de finalidade.

4. Princípio da razoabilidade. Outro princípio que deve ser considerado é o da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade, aplicável a todas as atividades da Administração Pública, está consagrado na primeira norma da Constituição da República e expresso na Constituição do Estado de São Paulo, no art. 111, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º. 21, de 14 de fevereiro de 2006.

Esse princípio, com caráter substantivo, representa limite ao poder da administração pública, no sentido de que os atos administrativos devem ser inequivocamente emitidos com racionalidade, a guardar um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir.

Como realça Humberto Ávila, “o postulado da razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação” (*Teoria dos princípios*, 10ª ed., Malheiros, 2009, p. 157).

Carlos Ari Sundfeld anota que “a *razoabilidade* proscreve a irracionalidade, absurdo ou a incongruência na aplicação (e, sobretudo, na interpretação) das normas jurídicas” (*Fundamentos de direito público*, Malheiros, 4ª ed., Malheiros, 2005, 165).

A aplicação desse princípio revela que decisão da autoridade municipal que indeferisse a expedição do Certificado de Conclusão de obra, sob a motivação de que o requerente ainda não demonstrou a quitação de obrigações não relacionadas diretamente com a construção, demonstraria falta de razoabilidade, porquanto esse ato administrativo configuraria meio indevido de cobrança.

A falta de razoabilidade do ato administrativo reclama exame à luz de sua repercussão em terceiros. É importante ter em mente que se o indeferimento do Certificado estivesse relacionado a um prédio com grande número de compradores, todos os terceiros adquirentes não poderiam exercer um dos seus regulares direitos decorrentes da propriedade, isto é, o de habitação.

Nesse aspecto, vale a lição do eminente jurista português, Jorge Miranda, para quem: “Se a Constituição a todos confere o direito de adquirir a propriedade e outros direitos patrimoniais, não pode deixar de a todos igualmente conceder a segurança contra privações arbitrárias” (*Manual de direito constitucional*, 3ª ed., Coimbra, Tomo IV, 2000, p. 530).

O certificado está sujeito ao princípio da tipicidade que, de um lado, confere a força de tornar certos os fatos declarados pelo requerente, e, de outro, encontra na lei os requisitos próprios para sua expedição.

No dizer de Lúcia Valle Figueiredo, “não se pode conceber a função administrativa, ao regime jurídico administrativo, sem se inserir da razoabilidade” (*Curso de direito administrativo*, 7ª ed., Malheiros, 2004, p. 50).

Com efeito, o padrão de referibilidade em caso de débitos ou supostos débitos do construtor é o ajuizamento de ação de cobrança pelo rito comum ordinário ou sumário, ou execuções aparelhadas, mas jamais fazer da satisfação dos débitos ou supostos débitos condição *sine qua non* para expedição do Certificado de Conclusão de obra.

O certo é que o princípio da razoabilidade não é nada de exotérico ou ininteligível. Esse princípio exige que a Administração Pública, no exercício de sua função, seja racional, equilibrada, sensata e atue de modo compatível com o bem jurídico que ela pretende curar (cf. Weida Zancaner, Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988, *RTDP* 2/209).

O ato de indeferimento do Certificado de Conclusão de obra pode, ainda, ser caracterizado como ato de manifesta “injustiça”.

Essa interpretação foi registrada pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir que “os atos do poder público, além de sujeitos aos princípios da legalidade e da moralidade, também devem atender ao princípio de justiça”, atrelando a expressão justiça à “falta de razoabilidade”, de certo comportamento da Administração Pública (RE 173.820-DF, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 13/9/1996).

Em complemento a esse julgado, tem-se a manifestação doutrinária da Min. Cármem Lúcia Antunes Rocha, para quem da razoabilidade obtém-se “como a qualidade dos valores buscados pela conduta estatal, ou como o fundamento do valor Justiça que ela deve realizar e a coerência, racionalmente demonstrada, entre aquele desempenho e a transformação da realidade por ela provocada e que deve ser justa e concretizadora do interesse

público específico para ser considerada válida juridicamente (...) concretização dos valores de Justiça absorvidos pelo sistema jurídico” (*Princípios constitucionais da Administração Pública*, Del Rey, 1994, p. 112-113)

A inexistência de razoabilidade do ato administrativo é causa material de nulidade.

2. Poder de polícia e suas implicações no campo do direito de construir

Se a autoridade municipal indefere o Certificado de Conclusão de obra sob a motivação de que o requerente ainda não demonstrou a quitação de obrigações não relacionadas diretamente com a construção, parece tratar o poder de polícia administrativa – que indubitavelmente constitui um dever perante os administrados – como uma relação obrigacional em que o administrado estivesse sujeito a uma contraprestação.

Na tradicional doutrina de Thomas M. Cooley, que não pode ser abandonada, “o poder de polícia (*police power*), em seu sentido amplo, compreende um sistema total de regulamentação interno, pelo qual o Estado busca não só preservar a ordem pública, senão também estabelecer para a vida de relações dos cidadãos aquelas regras de boa conduta e de boa vizinhança que se supõem necessárias para evitar conflito de direitos e para garantir a cada um o gozo ininterrupto de seu próprio direito, até onde for razoavelmente compatível com o direito dos demais” (*Treatise on the Constitutional Limitation*, New York, 1903, p. 829).

Segundo a moderna doutrina de Juarez Freitas, que realiza uma releitura do poder de polícia administrativa, à luz dos direitos fundamentais, “o poder existe para os direitos fundamentais, não o contrário. Falar, portanto, em ‘poder de polícia administrativa’ não é cogitar de mera atividade estatal. Acima de tudo, trata-se de dever perante o cidadão” (*Direito fundamental à boa administração pública*, Malheiros, 2^a ed., 2009, p. 90).

Os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pela lei e pelo interesse da coletividade em conciliação com os direitos fundamentais do particular assegurados pela Constituição da República.

Decisão de autoridade municipal indeferindo a expedição de Certificado de Conclusão de obra, sob a motivação de não pagamento de tribu-

tos, fere os preceitos da legislação, por criar exigências não alinhavadas na lei. No entanto, como se sabe, o poder de polícia administrativa não pode ser exercido além ou fora da lei, mas, sempre, dentro dos seus limites.

Cabe, aqui, a clássica lição de Otto Mayer para quem: “*La regla de derecho no puede ser violada por disposición de policía; ésta no puede autorizar lo que dicha regla prohíbe, ni prohibir lo que ella permite*” (*Derecho administrativo, alemán*, vol. II, Depalma, p. 59).

Cuidando-se de poder de polícia administrativa de construção, atividade sempre sujeita ao controle da Administração Pública, observa-se a lição da doutrina francesa de Georges Liet-Veaux, plenamente aplicável ao sistema administrativo brasileiro, segundo a qual: “*Le principe fondamental c’est le droit de construire. Un permis ne peut être refusé que dans les conditions et cas prévus par la loi*” (*Le droit de la construction*, 4ª ed., 1976, p. 90). No vernáculo: *O princípio fundamental é o direito de construir. Uma licença não pode ser recusada senão nas condições e casos previstos pela lei.*

Como preleciona o eminente Fábio Konder Comparato, in “Certificados de Privatização – Aquisição Compulsória”, publicado na *Revista de Direito Público* n. 95, p. 58: “nenhuma prestação obrigatória de particular para o Poder Público, ainda que revestida de compensação econômica, pode ser admitida sem base em lei”.

O objeto do poder de polícia de edificação é toda obra já concluída que se encontra pronta para habitação, a qual deve ser examinada à luz do projeto previamente aprovado e no sentido de verificar se ela – a obra – oferece segurança para a coletividade.

Como visto acima, o Certificado de Conclusão de obra é ato decorrente do direito de propriedade, vinculado às normas regulamentares pertinentes, e por isso, quando o particular as atende, não pode a autoridade municipal negar o referido certificado, uma vez que esse deferimento é uma imposição legal e não uma faculdade discricionária da administração.

É reconhecido que, ao legislador, incumbido da regulamentação habitacional, mormente após a edificação, somente é dado o controle dos aspectos técnicos, estruturais e urbanísticos da construção, não lhe cabendo fazer imposições de natureza civil, como seria, *ad instar*, condicionar a expedição do certificado ao pagamento de tributos municipais.

3. O indeferimento do Certificado de Conclusão de Obra e o devido processo legal

O indeferimento do Certificado de Conclusão de obra, em desconformidade com o disposto no Decreto n°. 38.058/99, também fere o postulado constitucional do devido processo legal.

Segundo o consagrado constitucionalista Jorge Miranda, “qualquer pessoa tem o direito de não ser privada arbitrariamente de qualquer direito patrimonial que esteja na sua esfera (art. 17, n° 2, da Declaração Universal), ou arbitrariamente condicionada no seu exercício” (*Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, t. IV, 2000, p. 536).

Para Bandeira de Mello, a Lei Maior exige “um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar as decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe a possibilidade de contraditório e ampla defesa, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas” (“Procedimento Administrativo”, in *Direito Administrativo na Constituição de 1988*, Malheiros, 1991, p. 32).

José Frederico Marques conclui no sentido de que: “se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que atuasse fora das fronteiras do *due process of law*” (*A garantia do due process of law*, RDP 5/28).

Tércio Sampaio Ferraz Jr. escreveu: “Dispõe o inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal: ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. A Constituição faz, nesse dispositivo, uma menção inovadora ao devido processo legal. A inovação está em torná-lo explícito, posto que os comentários e a jurisprudência são acordes em já tê-lo presente no direito anterior (Bastos, 1989). Nessa explicitação é importante assinalar a referência expressa à privação de bens. Conquanto, na tradição, o *due process of law* tenha por cerne a liberdade, é inegável, desde o século XIX, a conexão entre liberdade e propriedade, mormente pela repercussão do patrimônio na vida pessoal e familiar e, extensivamente, no âmbito da esfera privada. A destituição do domínio de determinado bem, por isso mesmo, é medida de extrema gravidade, conhecendo esse domínio, nas constituições democráticas, garantias próprias (como a proibição de confisco, a exigência de cautelas na desapropriação, etc.).

Aquela privação pode ocorrer pela prática de ilícitos administrativos, mas também por meio de atos administrativos com base em lei” (Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Direito constitucional*, Manole, 2007, p. 37)

A imposição do pagamento de imposto sobre serviços de qualquer natureza para que possa ser expedido o Certificado de Conclusão de obra representa – escusa dizê-lo – coação indireta ao pagamento; ou seja, a Municipalidade impinge ao particular uma exigência nova, descabida e ilegal, para que possa fornecer a certidão requerida.

É pacífica, na jurisprudência nacional, a rejeição a essas constrições oblíquas que visem ao pagamento de supostas obrigações, tributárias ou não.

Exemplo disso são as súmulas 547, 323 e 70, todas editadas pelo Supremo Tribunal Federal e indistintamente aplicadas, ainda hoje, pelos diversos tribunais da Federação.

Súmula 547. *Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*

Súmula 323. *É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.*

Súmula 70. *É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.*

A imposição de pagamento do imposto sobre serviços de qualquer natureza para expedição do Certificado de Conclusão representa exigência sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa, porque a autoridade que impõe a restrição para expedir a Certidão de Conclusão da obra não é a última autoridade competente para apreciar se a exigência do adimplemento é ou não legal.

A exigência de comprovação do pagamento de débitos referentes a imposto sobre serviços de qualquer natureza, ainda que este débito esteja *sub judice*, é manifestamente contrária ao *due process of law*.

Há julgados, na matéria, que merecem transcrição.

O primeiro deles foi proferido em mandado de segurança impetrado contra o subprefeito da Mooca, que condicionou a expedição do “habite-se”, requerido pelo impetrante, à obtenção de certificado de

pagamento do ISS da obra. Essa decisão foi proferida pela Col. 3ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatada pelo eminente Des. Antonio Carlos Malheiros, Ap. Cív. 624.780.5/7, j. 20/5/2008, com ementa vazada nestes termos:

MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão à expedição do “habite-se” – Condicionamento para a referida expedição da obtenção prévia do “certificado de quitação do ISS” Inadmissibilidade – Condicionamento que se constitui em meio coercitivo e fere a garantia do devido processo legal e do contraditório – Certificado de quitação do ISS que tem natureza tributária e deve ser cobrado pelas vias próprias – Sentença reformada – Recurso provido.

Na fundamentação desse acórdão encontra-se o seguinte trecho:

“A concessão do “habite-se” depende primordialmente das perfeitas condições de utilização do prédio no respeito à sua segurança e habitabilidade. Referido documento tem natureza exclusivamente técnica e urbanística, que diz respeito, apenas e tão-somente, aos requisitos já mencionados (..) A Municipalidade possui outros meios administrativos e judiciais para referida cobrança e deve utilizá-los”.

O segundo acórdão que merece menção foi proferido pela Col. 11ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do eminente Des. Oscild de Lima Júnior, nos autos da Ap. Cív. 305.123.5/3-00, j. 22/6/2009. A ementa está assim redigida:

APELAÇÃO CÍVEL – Vinculação da concessão do “habite-se” ao pagamento de IPTU em atraso – Impossibilidade – Ofensa aos arts. 5º, II e 170 § único da CF – Meios legítimos conferidos ao Poder Público para tornar efetivos os créditos tributários – Reforma da sentença de improcedência – Recurso provido.

Lê-se da fundamentação:

A Municipalidade possui várias prerrogativas conferidas pela lei para receber os valores devidos relativos ao IPTU, assim a imposição de restrições punitivas motivadas pela inadimplência do contribuinte fere as liberdades constitucionais, elencadas no art. 5º II e 170 § único da CF, como já firmado pelo do STF no Recurso Extraordinário nº 413.782.8/SC.

É digno de registro o acórdão prolatado pela Col. 7ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatado pelo eminente Des. Guerrieri Resende, nos autos dos Emb. Decl. 749.736-5/0-01, j. 24/11/2008, cuja ementa registra:

Mandado de Segurança Direito líquido e certo comprovado. Vinculação da concessão do ‘habite-se’ ao pagamento de IPTU atrasado. Impossibilidade. A Municipalidade é dotada de diversas prerrogativas conferidas por Lei para receber os valores devidos, não podendo coagir, ilicitamente, o contribuinte a pagá-los. A jurisprudência firmou entendimento que a imposição de restrições punitivas quando motivadas pela inadimplência do contribuinte são contrárias às liberdades constitucionais estatuídas nos artigos 5º II e 170, § único, da Carta da República.

É oportuno tornar presente o acórdão proferido pela Col. 13ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatado pelo eminente Des. Borelli Thomaz, nos autos da Ap. Cív. 447.504.5/9-00, j. 12/8/2009, com a seguinte fundamentação:

“O único tema em debate refere-se a ser, ou não, regular e regulamentar a exigência imposta pela Lei 11.228/92, do Município de São Paulo, de haver pagamento de multas incidentes sobre a obra para expedição do certificado de estarem elas concluídas, situação afirmada como regular e regulamentar na r. sentença.

Respeitado esse entendimento, não vejo como se possa instituir essa verdadeira forma de coação para se exigir crédito, ainda que se esteja sob situação de Direito Público em que o interesse da Administração, porque dos administrados, sobrepuja o interesse privado.

Repito ser objeto único da impetração que o impetrante obtenha o certificado de conclusão de obras, ou, mais especificamente, o “habite-se”, negado pela Administração pelo só fato de não haver aquele pagamento, como é mesmo o ato administrativo objurgado e como constou expressamente nas informações (fls. 62/65).

Resulta disso não haver qualquer irregularidade na construção ou mesmo nos demais documentos sempre exigidos para se chegar àquela certificação, com nota de que os valores ditos devidos

por multas administrativas já estão sendo exigidos em execuções fiscais propostas pela municipalidade, e, peculiar, há informação sobre estarem arquivados os processos (fls. 28 e 29).

Resulta disso que a exigência vai além do cabível, pois se transforma em verdadeira coação para exigir o valor daquelas multas, que, como visto, já está em disputa judicial, a causar lesão de direito ao impetrante.

Como a Administração tem caminhos outros para obtenção de seu crédito e como até já se valeu de um deles, as execuções acima mencionadas não podem ir além e impedirem a certificação querida pelo impetrante com fundamento só pelo alegado inadimplemento quanto a multas.

O melhor entendimento sobre o tema repudia situações assim, que vão além do poder-dever da Administração fiscalizar obras, mesmo porque, colho no parecer ministerial visto a fls. 116, não haver multas incidentes sobre a obra atual; as que foram impostas referem-se a infrações datadas de 31 de julho de 1985 e são objeto de execuções fiscais ajuizadas contra o antigo proprietário e o antigo engenheiro responsável pela obra, dispondo, pois, a municipalidade de meios para o recebimento do que lhe é devido. Como escreve Hely Lopes Meirelles, “a licença para a edificação não pode ser negada se o interessado satisfaz todas as exigências do Código de Obras e das normas complementares”. Garante a Constituição Federal o direito de propriedade (art. 5º, XXI), não se mostrando razoável, data vênua, condicionar o seu exercício ao recolhimento de multas que não dizem respeito à obra atual e que já são objeto de execução.

Respeitado, pois, o entendimento do D. Magistrado, e na esteira do entendimento dominante nos tribunais de ser ilegal a prática de ato administrativo condicionada a pagamento de multas, e por ter boa cabida o ajuizamento de mandado de segurança por se cuidar de matéria apenas de direito, sem necessidade de qualquer outra prova além da que já veio preconstituída, entendo por bem reformar a r. sentença para conceder a segurança e, anulado o ato administrativo causador de lesão ao direito do impetrante, determinar seja expedido o certificado de conclusão de obra tal

qual ele requereu, afastado, pois, o óbice de não se o expedir por haver multa administrativa/fiscal não paga.

Para concluir, colacionam-se mais quatro precedentes, os dois primeiros oriundos do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e os demais do E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que consolidam a tese sustentada no presente parecer: 18ª Câmara de Direito Público, Ap. Cív. 921.663-5/9-00, rel. Des. Marcondes Machado, j. 29/10/2009; 18ª Câmara de Direito Público, Ap. Cív. 929.623-5/5-00, rel. Des. Marcondes Machado, j. 22/10/2009; 6ª Câmara Cível, Ap. Cív. em MS 98.013819-1, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 19/4/2001; 2ª Câmara de Direito Público, Ap. Cív. em MS 2002.010036-1, rel. Des. Jaime Ramos, j. 18/8/2003.

IV – Cabimento e objeto do mandado de segurança e a concessão da liminar

A partir da conclusão de que o ato de indeferimento do Certificado de Conclusão de obra por falta de pagamento de imposto sobre serviços de qualquer natureza é ilegal, contrário ao ordenamento jurídico urbanístico, resta examinar qual o remédio processual a ser aplicado perante o Poder Judiciário.

Não se nega que os atos administrativos de qualquer natureza, desde que lesem direitos subjetivos líquidos e certos, admitem sua correção pela via constitucional do mandado de segurança.

O mandado de segurança poderá servir de instrumento para invalidação do ato administrativo.

Considerando que o “pressuposto lógico da invalidação é a *impossibilidade* de o ato ser convalidado” (Cf. Weida Zancaner, “Convalidação, invalidação e revogação do ato administrativo”, in *Direito administrativo na Constituição de 1988*, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 51), a invalidade compõe a causa de pedir do mandado de segurança e serve para justificar o pedido de concessão da ordem, inclusive da liminar.

O mandado de segurança que poderia ser impetrado não seria preventivo, mas, sim, corretivo de manifesto ato de ilegalidade cometido pela autoridade municipal impetrada.