

13ª Conferência Internacional da LARES

Centro Brasileiro Britânico, São Paulo - Brasil

11, 12 e 13 de Setembro de 2013



A PRESUNÇÃO DE VALIDADE DAS LICENÇAS ADMINISTRATIVAS

Reinaldo Oliveira Sivelli

Negrão, Ferrari & Bumlai Chodraui Advogados, Rua Fidêncio Ramos, 160, cj. 61, Vila Olímpia, São Paulo – SP, Brasil, reinaldo.sivelli@nfb.com.br

RESUMO

Este trabalho, fruto da experiência profissional adquirida ao longo dos anos foi idealizado como instrumento de reflexão/compreensão sobre a presunção de validade das licenças administrativas.

O objetivo dessa pesquisa foi o de procurar esclarecer a presunção de validade das licenças administrativa quando atos vinculativos e a insegurança jurídica decorrente destes, questão essa, ainda muito discutida em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Licença Administrativa, Validade, Ato Vinculativo, Insegurança Jurídica.

13ª Conferência Internacional da LARES

Centro Brasileiro Britânico, São Paulo - Brasil

11, 12 e 13 de Setembro de 2013



THE VALIDITY OF ADMINISTRATIVE LICENSES

ABSTRACT

The present work is a result of professional experience obtained during years and has been idealized as an instrument of reflection/comprehension on the presumption of validity of administrative licenses.

The objective of this research is to discuss the validity of administrative licenses and its presumption of validity as an binding act and legal uncertainty arising from such act. The above mentioned subject is a controversial matter in our procedural law.

Key-words: Administrative Licenses, Validity, Binding Act, Legal Uncertainty

1. INTRODUÇÃO

O objetivo dessa pesquisa foi o de procurar esclarecer às questões que envolvem a presunção de validade e a insegurança jurídica dos atos administrativos praticados pelo Poder Público, em especial, quanto às licenças de construção concedidas ao particular e as consequências decorrentes de uma possível anulação ou revogação destes atos.

O tema é bastante discutido em razão do grande crescimento da economia no setor da construção civil que anseia cada vez mais por investidores, os quais muitas vezes encontram óbices na burocracia da administração pública, no emaranhado de legislações decorrentes do positivismo do direito brasileiro e no despreparo do funcionalismo público.

Todas essas questões somadas ao entendimento pacificado pelas Súmulas n°s 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal (“STF”), que autorizam a administração pública a anular seus atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, vem gerando um enorme desconforto entre investidores e empreendedores do ramo da construção civil.

2. CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

Para melhor entendimento, antes de adentrarmos ao tema em contenda, importante trazer a baila o conceito de ato administrativo. Para tanto, faremos uso das lições da Ilustre Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Pois bem, para se checar ao conceito de ato administrativo, a I. Doutrinadora analisou os seguintes elementos:

- “1. ele constitui declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes; é preferível falar em declaração do que em manifestação, porque aquela compreende sempre uma exteriorização do pensamento, enquanto a manifestação pode não ser exteriorizada; o próprio silêncio pode significar manifestação de vontade e produzir efeito jurídico, sem que corresponda a um ato administrativo; falando-se em Estado, abrange-se tanto os órgãos do Poder Executivo como os dos demais poderes, que também podem editar atos administrativos;
2. sujeita-se a regime jurídico administrativo, pois a Administração aparece com todas as prerrogativas e restrições próprias do poder público; com isto, afastam-se os atos de direito privado praticados pelo Estado;
3. produz efeitos jurídicos imediatos; com isso, distingue-se ato administrativo da lei e afasta-se de seu conceito o regulamento que, quanto ao conteúdo, é ato normativo, mais semelhante à lei; e afastam-se também os atos não produtores de efeitos jurídicos diretos, como os atos materiais e os atos enunciativos;
4. é sempre passível de controle judicial;

5. sujeitam-se à lei.”¹

Diante dessas premissas, a I. Doutrinadora conceitua o ato administrativo como sendo: “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”².

Nessa linha, como visto, diante do conceito acima proposto, o ato administrativo deve observar a lei, ou seja, os poderes da administração pública são pautados no sistema jurídico vigente, sob pena de o ato ser caracterizado como ilegal. Diante disso, temos que o regramento legal pode ou não deixar margem de liberdade de decisão quanto ao aspecto da atuação do Poder Público, razão pela qual os atos administrativos podem ser classificados em: (i) vinculativos; e (ii) discricionários.

Em breve síntese, para uma fácil compreensão, atos vinculativos são aqueles nos quais o regramento legal atinge os vários aspectos de uma atividade determinada, como o próprio nome já diz, ou seja, a expedição destes atos não comporta espaço para discussões de conveniência se deve ou não ser expedido, basta que os requisitos legais sejam preenchidos para que haja sua expedição/emissão. Por outro lado, o ato classificado como discricionário, o regramento legal não atinge todos os aspectos da atuação da administração, ou seja, é aquele que terá sua expedição/emissão condicionada a uma análise e um estudo aprofundado, ficando facultado ao Poder Público sua expedição/emissão ou não, ou seja, diferentemente dos atos vinculativos, aqui a emissão do ato não é imediata.

2.1. Licença Administrativa

Diante das breves considerações acima, aclarada a questão conceitual do ato administrativo, para que possamos situar a questão da presunção de validade e a insegurança jurídica decorrente da revogação ou anulação de um ato administrativo, para este breve estudo ainda se faz importante dizer que o ato administrativo, quanto ao seu conteúdo, pode ser classificado como: autorização, licença, admissão, permissão, aprovação, homologação, parecer e visto, sendo que nos limitaremos a tratar das licenças administrativas.

¹ (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 203

² *Ibidem* (DI PIETRO p. 204)

Pois bem, as licenças administrativas, importante dizer, possui natureza jurídica de ato administrativo vinculativo, como se pode verificar de alguns conceitos trazidos por renomados juristas de nosso ordenamento, vejamos:

Hely Lopes Meirelles³: licença administrativa é “o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculte o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, por exemplo, o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio”.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴: "Licença é o ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos".

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵: licença administrativa é "o ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade”.

Com isso, diz-se que a licença administrativa é um ato administrativo vinculado, ou seja, sua concessão dependerá do preenchimento de determinados requisitos previstos em lei, de maneira que não se admite a análise por parte da Autoridade Pública da conveniência ou não daquele ato. Não pode o Poder Público se recusar a conceder uma licença ao particular que preencheu os requisitos legais exigidos para sua concessão.

Um exemplo prático é a expedição pelas Prefeituras Municipais de licenças autorizando a construção de determinado empreendimento em imóvel privativo. Ora, o particular tem a propriedade de um terreno (“**imóvel**”) em uma determinada área, caracterizada como urbana, e pretende construir neste imóvel. Sabe-se que ao particular, embora tenha a propriedade plena de seu imóvel, lhe são impostas determinadas restrições de cunho social, como forma de manifestação do Poder de Polícia da Administração Pública, que têm por objetivo proteger a propriedade, garantida constitucionalmente, em razão disso, desejando o particular construir em

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 170

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 418

⁵ *Ibidem* (DI PIETRO p. 236)

seu imóvel, a Administração Pública, antes de conceder a licença para que este de início a construção pretendida, irá confrontar o pleito do administrado/particular, com o texto legal/regulamentar, examinando os requisitos e documentos oferecidos. Feito isso, tendo sido os requisitos corretamente preenchidos em conformidade com a Lei, o Poder Público deverá, obrigatoriamente, deferir o pedido e expedir a licença de construção.

Desta forma, sendo ato vinculativo, a licença administrativa se situa dentro de uma relação jurídica estável, posto que o legislador já previu, com precisão, todas as questões e exigências necessários à sua obtenção/concessão, ou não?

Diante desta indagação a problemática começa a ganhar vida, ao passo que o mercado globalizado demanda agilidade e rapidez em seus negócios, exigindo cada vez mais a adequação da sociedade a novos ritmos e exigências, enquanto o positivismo do direito brasileiro, a burocracia da administração pública e a depreciação do funcionalismo público, vão de frente a todos esses pontos.

3. PRESUNÇÃO DE VALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Como visto no item anterior, a licença administrativa possui natureza jurídica de ato administrativo vinculativo, portanto, sua concessão pressupõe validade, ao passo que não há espaço para discussões.

Nessa linha, temos que todo ato administrativo deve ser considerado, a princípio, como realizado de acordo com a Lei e de acordo com a realidade. Entende o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) que: “ato administrativo goza de presunção de legalidade que, para ser afastada, requer a produção de prova inequívoca (...)” (STJ, AgRg no Resp 1137177/SP).

Nas palavras de Cassage, citado por DI PIETRO (p.206), “a presunção de legitimidade constitui um princípio do ato administrativo que encontra seu fundamento na presunção de validade que acompanha todos os atos estatais, princípio em que se baseia, por sua vez, o dever do administrado de cumprir o ato administrativo”.

No entanto, é preciso deixar claro que a revisão faz parte da essência de todo e qualquer ato administrativo. Como bem expôs Odete Medauar⁶, embora possam estar sujeitas a prazo de validade e possam ser anuladas em razão de ilegalidade superveniente, as licenças podem ser desfeitas por cassação se o interessado não cumprir as exigências legais para o exercício da atividade e por revogação se ocorrer motivo de interesse público que impeça a realização da atividade licenciada, gerando nesse caso, direito a indenização.

Ora, diante do acima exposto, podemos começar a nos indagar sobre a insegurança jurídica advinda desses atos, uma vez que com fundamento no entendimento do STF, podem a qualquer momento serem cassados ou revogados, dependendo da situação e do interesse da Administração Pública.

Se analisarmos essa questão a luz da problemática posta acima, ou seja, crescimento econômico, desenvolvimento da construção civil, busca de investidores, versos, burocracia, excesso de legislações e despreparo do funcionalismo público, passaremos a entender um pouco os motivos da escassez de investimento, e o chamado “risco Brasil” e veremos que para investir no país é preciso uma boa dose de arrojo e coragem.

Infelizmente, como sabemos, nossa administração pública não está livre da convivência com funcionários que facilmente são corrompidos, fato este que somado a burocracia e muitas vezes as chamadas “brechas” nas legislações, acabam por viciar atos praticados pela Administração Pública, fato que certamente poderá contribuir para sua cassação ou revogação, prejudicando não só o investidor, mas também o desenvolvimento econômico do país.

Não obstante, muito se discutiu que a concessão de uma licença pelo Poder Público garantiria ao administrado/particular, o chamado “direito adquirido”. No entanto, hoje a jurisprudência é pacífica em afastar essa tese, uma vez que conforme já consolidado pelo STF, a administração pode a qualquer momento rever seus atos, fato este que afasta qualquer tentativa de alegação do titular neste sentido, o que agrava ainda mais o quadro da insegurança jurídica advinda dos atos administrativos praticados pela Administração Pública.

⁶ MEDAUAR Odete. Direito Administrativo moderno; 8 ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 398/399

4. ANULAÇÃO E SEUS EFEITOS

Não é objeto desse estudo trazer a tona todas as formas de vícios e os efeitos que possam macular o ato administrativo, mas sim, em linhas gerais, traçar as consequências que a anulação de um ato administrativo pode causar, levando em consideração as questões postas no item anterior.

A anulação ou invalidação, nada mais é do que o desfazimento do ato administrativo quando verificada ilegalidade, ou seja, por estar em desconformidade com a lei, o vício atinge o ato em sua origem, razão pela qual sua anulação produz efeito retroativo à data em que foi emitido.

Neste ponto, indaga-se qual a segurança jurídica de um ato administrativo, ao passo que pode a qualquer momento ser anulado?

Ora, surge aqui a grande questão acerca do caráter vinculado ou discricionário da anulação, ou seja, a administração tem a obrigação de anular um ato viciado, ilegal ou tem apenas a faculdade de fazê-lo?

Vale trazer o exemplo fornecido por Regis Fernandes de Oliveira, citado por DI PIETRO (p.245): “imagine-se a seguinte hipótese: autorizou-se um loteamento em terras municipais. O interessado, valendo-se de documentos falsos, logrou obter aprovação do loteamento, seu registro e o competente deferimento do loteamento perante a própria Prefeitura Municipal a quem pertenciam as terras. O ato que determinou a expedição do alvará autorizando a realização do loteamento é nulo. E a nulidade advém do conteúdo do ato. O loteamento não poderia ser autorizado, uma vez que dentro do imóvel municipal. Inobstante, famílias adquiriram lotes, construíram casas, introduziram-se melhoramentos, cobrados foram tributos incidentes sobre eles, bem como tarifas de água etc. Enfim, onde era terreno municipal ergueu-se verdadeira cidade. Anos após, descobre-se que o terreno não era do loteador e que se trata de área municipal. Imagina-se, mais, que se tratava de verdadeiro paul, que foi sanado pelos adquirentes e, o que era um terreno totalmente inapropriável, tornou-se valorizado”.

Diante desta situação, o Poder Público deve anular o alvará que autorizou a construção do loteamento ou deve sopesar os prejuízos que a anulação traria, lembrando que a anulação terá efeito retroativo?

Da mesma forma como entende Di Pietro, entendemos que a administração tem o dever de anular os atos ilegais, sob pena de infração ao princípio da legalidade. No entanto, entendemos que não poderá haver sobreposição ao princípio da segurança jurídica, sendo assim, a administração poderá deixar de anular em determinadas circunstâncias, como por exemplo, nos casos em que o prejuízo resultante da anulação for maior do que o decorrente da manutenção do ato viciado.

De outro lado, temos o clássico caso envolvendo o empreendimento “Domínio Marajoara”. De acordo com informações obtidas na mídia⁷, apurou-se:

“O imbróglgio começou em 2005. No dia 2 de fevereiro daquele ano, a antiga proprietária do terreno, a companhia Zabo Empreendimentos e Construções, protocolou na prefeitura a intenção de erguer no local casas e prédios, que somariam 15.000 metros quadrados de área construída. A data escolhida foi estratégica. No dia seguinte à solicitação, passou a vigorar em São Paulo uma lei que veta novas edificações com mais de 15 metros de altura na região. Em junho, a área foi vendida para a Cyrela, que, ao lado de outras incorporadoras, decidiu levantar ali um de seus lançamentos mais ambiciosos, o Domínio Marajoara. Com o respaldo de uma resolução municipal que permite alterar plantas no decorrer das obras, a Cyrela registrou novo projeto em novembro. Previa 135.000 metros quadrados de área construída, que passaram para quase 180.000 metros quadrados em novembro de 2007, com torres de altura superior a 90 metros. As vendas começaram em seguida. Tudo com o O.k. da prefeitura.

A concessão do alvará, porém, foi contestada pela Procuradoria-Geral do Município. Isso chamou a atenção do Ministério Público, que conseguiu na Justiça o embargo das obras em maio de 2009, posteriormente suspenso por uma liminar. ‘A lei permite alterações pequenas no projeto, mas a transformação foi drástica’, diz o promotor Maurício Antônio Ribeiro Lopes, da Promotoria de Habitação e Urbanismo do Ministério Público. ‘A execução do Domínio Marajoara, portanto, não deve ser regida pela legislação antiga, mas pela atual, que veta a construção de prédios com mais de 15 metros naquele lugar’ completa. O próprio promotor, no entanto, que assumiu o caso há dois meses, considera o pedido de demolição exagerado. ‘Desconheço medida semelhante que tenha sido realmente executada’, ressalta. ‘Não podemos exigir a punição dos compradores, que nada têm a ver com esse entrevero.’ Por meio de sua assessoria de imprensa, a Cyrela afirma que a legislação foi seguida à risca e ressalta que a existência do imbróglgio jurídico foi comunicada durante as negociações com os compradores dos apartamentos” (grifo nosso).

Da notícia acima, verifica-se que o alvará de aprovação de edificação e o alvará de execução de edificação de obra nova (“**licenças administrativas**”), em que pese tenham presunção de

legalidade e validade, foram contestados pela Procuradoria, fato este que veio culminar com a suspensão destes, causando o embargo das obras.

Interessante verificar a decisão do MM Juiz da 13ª Vara da Fazenda Pública que determinou a anulação tanto do alvará de aprovação de edificação como o alvará de execução de edificação de obra nova.

“(…) As licenças, como atos administrativos vinculados, devem obedecer prévios requisitos legais, de maneira que somente podem ser expedidas quando observadas todas as normas legais, inclusive por se tratar de ato de controle.

(…)

Nada obstante, se as licenças são ilegais ou ilícitas, expedidas em desconformidade com a lei, impõe-se a anulação, o que pode ser feito de ofício ou a pedido de interessado legítimo.

(…)

Na hipótese concreta dos autos, parecer da própria Procuradoria Geral do Município reconhece a irregularidade na expedição da licença, tanto em relação ao direito de protocolo, extrapolado no caso concreto, quanto ao descompasso do projeto em relação à nova organização do zoneamento.

(…)

Em suma, tem-se que a licença concedida ao projeto é nula, porque em desconformidade com a legislação de regência.

(…)

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a demanda, em parte, para anular o Alvará de Aprovação de Edificação Nova n. 2207/38879-00 e do Alvará de Execução de Edificação Nova n. 2008/46335-00 (…)” (Processo nº 0012087-14.2009.8.26.0053 – 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo).

Nota-se do exemplo acima que o Magistrado optou por determinara a anulação do ato, em razão de sua ilegalidade, fato este que, em consonância com o acima exposto, terá efeito retroativo, ao passo que a ilegalidade do ato macula sua origem, ou seja, em tese, se a decisão não for reformada, todas as construções fundamentadas no ato anulado deverão ser desfeitas, retornando ao *status quo ante*.

Veja que neste exemplo prático, não foi sopesado pelo Magistrado se o prejuízo resultante da anulação seria maior do que o decorrente da manutenção do ato viciado. Aqui foi posto de lado o direito dos adquirentes das unidades autônomas, os quais, imbuídos de boa-fé, adquiriram unidades de um empreendimento que estava sendo construído com fundamento em uma ato administrativo que pressupõe-se válido e legal, justificando toda preocupação e discussão acerca

⁷ <http://vejasp.abril.com.br/materia/polemica-dominio-marajoara>

da validade e da insegurança jurídica decorrente de atos administrativos extremamente vulneráveis.

5. CONCLUSÃO

Nota-se do exposto que os atos administrativos estão vulneráveis ao despreparo de nosso legislador, bem como as más condições em que se encontra o funcionalismo público no país.

Não há dúvida quanto a insegurança jurídica desses atos, fato que justifica a dificuldade em se investir e desenvolver o país.

Em que pese os atos administrativos tenham presunção de validade, como exposto ao longo desse trabalho, estes não estão blindados de uma possível revisão, tanto pela Administração Pública, como pelo Poder Judiciário, em caso de interesse de terceiros, podendo vir a ser anulados ou revogados a qualquer momento.

A possibilidade de anulação do ato administrativo, somada ao fato de que nem sempre há uma avaliação se o prejuízo resultante da anulação será maior do que o decorrente da manutenção do ato viciado, gera grande instabilidade jurídica, pois não rara as vezes, como visto do exemplo acima, em que se determina o reestabelecimento do *status quo ante* ao ato administrativo anulado, causando enormes prejuízos não só aos investidores, mas também a terceiros de boa fé.

6. BIBLIOGRAFIA

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2012

MEDAUAR Odete. Direito Administrativo moderno; 8 ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006

<http://vejasp.abril.com.br/materia/polemica-dominio-marajoara>