PARECERES

LICENÇA DE CONSTRUÇÃO — NATUREZA JURÍDICA — EFEITOS EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO E A TERCEIROS — EFICÁCIA DO REGISTRO DOS MEMORIAIS DE INCORPORAÇÃO — ATO ADMINISTRATIVO — REVOGAÇÃO

— A classificação da licença de construção entre as autorizações administrativas é predominante na doutrina e na jurisprudência.

— A estabilidade das relações jurídicas impõe o princípio da permanência das licenças de construção mesmo quando novos critérios de autorização venham a ser adotados.

— O poder de anulação ex-officio *dos atos administrativos sujeitos a registro imobiliário, como é o caso das licenças de construção de edifícios incorporados, fica subordinado, em sua eficácia, ao prévio exame jurisdicional.*

— A licença de construção, regularmente expedida, máxime se a obra já se iniciou, com substancial investimento, não pode ser revogada pela Administração, cujo poder discricionário se exauriu com a autorização concedida.

PARECER

I

A consulta que me foi proposta é do seguinte teor:

1. Uma importante empresa imobiliária promoveu a incorporação de dois grandes edifícios, um dividido em escritórios e garagem, e outro, em apartamentos residenciais.

2. A construção do primeiro edifício, no centro da cidade, foi autorizada por duas licenças, a primeira expedida em 08 de março de 1971, e a segunda em 19 de novembro de 1971, e a construção se desenvolveu normalmente durante vários meses.

3. A construção do segundo edifício foi objeto da consulta dirigida ao próprio Governador do Estado, pela natureza peculiar do projeto. E a consulta foi respondida favoravelmente. Houve depois alteração do projeto, cuja construção já foi licenciada por despacho do Chefe do Gabinete do Secretário de Obras, autoridade competente.

4. Os memoriais de incorporação, nos termos da Lei n.º 4.591/64, preenchidos todos os requisitos por esta exigidos, foram registrados nos competentes ofícios de registro de imóveis desta cidade.

5. Cumprida essa formalidade legal, foi feito o lançamento à venda das unidades

autônomas dos dois edifícios, com a mais ruidosa publicidade e absoluto êxito, pois a venda total se realizou em tempo mínimo, sendo compradores do primeiro edifício 264 pessoas e, do segundo, 180, as quais firmaram contrato de promessa de compra e venda com a incorporadora, também oportunamente registrados no registro de imóveis.

6. Depois de vários meses de construção das fundações dos dois edifícios, as licenças de construção outorgadas foram cassadas, com embargo imediato das obras: a do primeiro edifício, por despacho do Secretário de Obras; e, a do segundo, por despacho do próprio Governador do Estado.

7. O despacho anulatório do Secretário, proferido mais de um ano depois da expedição da segunda licença, se fundou em três supostas violações dos regulamentos de construção e zoneamento, duas das quais foram, entretanto, afastadas em parecer do Procurador Roberto Pinto Fernandes, invocado no despacho cassatório.

8. Por sua vez, o Governador do Estado, com relação ao segundo edifício mencionado, invocou como fundamento o de que a licença de construção não podia ter sido concedida sem audiência do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional ..... (IPHAN), pois o imóvel teria sido objeto de tombamento pelo referido serviço.

9. Demonstrado pelos interessados que não havia tombamento registrado no registro de imóveis (o que o tornava juridicamente inexistente), e tendo em conta a situação que se criara com a compra, por 180 pessoas, das unidades do edifício, e as despesas já realizadas na obra, o próprio IPHAN concordou em afastar a sua objeção à construção do edifício, desde que houvesse uma redução na altura dos três blocos em que ele se divide; e com isso concordaram a incorporadora e os condôminos.

10. Afastado esse obstáculo — que teria sido o motivo determinante da cassação da licença — os funcionários do Estado, inclusive o seu Procurador-Geral, opinaram no sentido de que desaparecera o obstáculo para o restabelecimento da licença cassada. Apesar disso, porém, o Sr. Governador manteve, por novo despacho, a proibição total da construção, sustentando que havia "caducado" o despacho do seu antecessor que deferira a construção, em resposta à consulta prévia formulada.

Pergunta-se:

a) foi legítimo, nos dois casos, o procedimento das autoridades administrativas, tornando sem efeito as licenças, muito tempo depois de concedidas, e vários meses depois da venda das unidades e de iniciados os trabalhos de construção, da maneira mais ostensiva, sem qualquer embaraço ou advertência da administração?

b) seria possível, no caso, invalidar as licenças, embargando sumariamente as obras, muito tempo depois do registro do memorial de incorporação no registro de imóveis, da venda de todas as unidades dos edifícios e da averbação dos respectivos contratos de promessa de venda no mesmo registro?

c) as formalidades e os registros previstos na Lei n.º 4.591/64 e seu regulamento não geram uma situação jurídica, com base na criação de direito real, que não pode ser desfeita por ato de autoridade administrativa, cancelando as licenças de construção?

d) quais os limites postos à revisão dos atos administrativos consistentes em licenças de construção, especialmente quando serviram de base ao chamado negócio de "incorporação imobiliária", regulado pela lei específica, e do qual já decorreram situações jurídicas de que são beneficiários terceiros de boa-fé?

Complementando a consulta, foram exibidos documentos que comprovam, quanto à matéria de fato, as várias afirmações constantes da parte expositiva.

II

A consulta focaliza duas hipóteses de licenças de construção, regularmente concedidas, cujas obras foram iniciadas, estando registrados os memoriais de incorporação dos imóveis e vendidas a terceiros as unidades.

Ocorrem, assim, sucessivamente, diversas questões jurídicas relevantes, que a seguir examinaremos, em razão das quais se devem formalizar as conclusões do parecer:

a) a natureza jurídica da licença de construção;

b) seus efeitos em relação à Administração e a terceiros;

c) efeitos do início das obras de construção;

d) eficácia do registro dos memoriais de incorporação.

I

O direito de propriedade é um dos alicerces do mundo ocidental. Os textos constitucionais proclamam, desde os pródromos do Estado Liberal, a sua intangibilidade que, apenas cede diante do poder expropriatório, mediante prévia indenização. É certo que a evolução do Direito Público acentuou a tônica da função social da propriedade, ampliando a faixa de restrições e servidões administrativas, fundadas em lei, que condicionam o uso e gozo da propriedade.

Essas limitações, porém, não extinguem, nem imobilizam o direito de propriedade, que continua a se exprimir através das faculdades ou poderes inerentes ao domínio.

Entre essas projeções jurídicas da propriedade, está o chamado "direito de construir", que é, em verdade, "um poder contido no direito de propriedade", conforme a lição sempre válida de Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado* — t. 13, p. 378).

Mesmo nos países, como a Suíça, em que a garantia é implícita, sem ingresso no texto da Constituição Federal, a doutrina reconhece como "um dos elementos principais da propriedade" o direito de construir (Aubert, Jean-François. *Traité de droit constitutionel suisse*. Editions Ides et Calandes, 1967. v. 2, p. 757-9).

No direito brasileiro, a propriedade, colocada, desde a Carta de 1824, sob o pálio dos direitos constitucionais, se exterioriza, entre outros aspectos, no poder que a lei civil reconhece que lhe aprouver" (Código Civil, art. 572).

À latitude desse poder apenas dois obstáculos se oferecem: o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos — o que significa dizer, o respeito ao direito alheio e ao interesse público. Enquanto o primeiro rege relações privadas, o último põe em causa o poder de polícia do Estado, que funciona como meio de controle preventivo do exercício do direito de construir.

A conformidade com os regulamentos administrativos, assim entendido todo o elenco normativo que disciplina as construções, se traduz na expedição do alvará ou licença de construção (*permis de construire; permiso; licenza edilizia,* etc.), que é o ato administrativo mediante o qual a autoridade pública reconhece ao proprietário o pleno do exercício do direito de construir.

A licença de construção é, conceitualmente, uma *autorização,* figura peculiar ao direito administrativo, em cujo estudo tanto se esmeraram o direito italiano e alemão.

Salientei, em trabalho anterior (*Revista de Direito Administrativo,* v. 75, p. 390), que a autorização, ou permissão, é o ato administrativo que habilita ao exercício de um direito individual sujeito a controle preventivo. Não cria direito novo, mas possibilida a eficácia de direito preexistente, que a lei condicionou, quanto aos seus efeitos, à manifestação da autoridade pública, em atenção a interesses coletivos respeitáveis.

Francisco Campos, alicerçado nas opiniões de Otto Meyer, Hauriou, Walter Jallinek,

Fleiner e Cino Vitta, salientou que na licença ou permissão:

"existe o pressuposto de que a atividade, cujo exercício depende de sua concessão, é livre no sentido de que é igualmente acessível a todos os indivíduos e que uma vez satisfeitas as exigências, a que está subordinada sua concessão, a liberdade de indústria e comércio continua o seu curso, que o poder de polícia detivera até então, mediante condições estabelecidas para todos, com igualdade e sem discriminações" (*Direito Administrativo,* 1958. v. 2,, p. 170-1).

Igual compreensão se aplica à licença de construção, que libera o direito do proprietário, removendo o obstáculo oposto à livre disposição do imóvel.

A autorização tem como efeito principal — destaca Aldo Sandulli, na mesma linha doutrinária iniciada com Raneletti — "rimuovere un limite all'esercizio di un potere" (*Il procedimento amministrativo,* 1959. p. 67, nota 16, ou — na definição de Renato Alessi — "conferisce semplicemente al privato la giuridica potestà di esercizio di un diritto del quale per l'adietro il privato stesso era già titulare, rimovendo gli ostacoli e i limiti giuridici posti della legge all' esercizio del diritto stesso in difetto di autorizzazione" (*Sistema istituzionale del diritto admministrativo,* 1953. p. 290).

A autorização se caracteriza pelo condicionamento da eficácia de uma situação jurídica anterior (Vignocchi — La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa — 1944 — p. 107), constituindo um compromisso feliz entre a liberdade e a autoridade e possibilitando que o direito individual produza seus naturais efeitos (Franchini — *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporte giuridici fra l'amministrazione e i privati,* 1957. p. 13 e 25, nota 48).

Incluindo a autorização entre os *atos administrativos permissivos,* Marcello Caetano pondera:

"Em sentido rigoroso, a *autorização* é o ato administrativo que permite a alguém o exercício de um seu direito ou de poderes legais. A entidade autorizada possui, pois, um direito ou certo poder mas o exercício deles está-lhe vedado antes que intervenha previamente o consentimento da administração fundado na apreciação das circunstâncias de interesse público que possam tornar conveniente ou inconveniente esse exercício" (*Manual de direito administrativo.* edição Forense, 1970. t. 1, p. 417).

A classificação da licença de construção entre as autorizações administrativas é predominante na doutrina e na jurisprudência.

Em obra recente, especialmente dedicada ao tema, proclama Furitano que:

"dottrina e giurisprudenza, pressoché all' unanimità, classificano la licenza edilizia fra le autorizzazioni amministrative, cioè quale provvedimento che l'Autorità amministrativa adotta per rimuovere un limite all'esercizio di un potere o di un diritto (nella specie, all'esercizio dello *jus aedificandi*), previo accertamento que l' attività da autorizzare non violi alcuna norma giuridica e non sia di pregiudizio al pubblico interesse" (*Istituzioni di diritto urbanistico edilizio. Milan,* 1971. p. 226).

A licença de construção não é, assim, uma liberalidade ou uma concessão discricionária da Administração, a partir da qual nasce o direito subjetivo do administrado. Se há nela uma parcela de ajuizamento discricionário de certos requisitos (discricionariedade técnica), corresponde, em verdade, a uma prestação vinculada aos pressupostos da lei e dos regulamentos administrativos. Cumpridas as exigências legais ou regulamentares, a Administração tem o dever de autorizar o uso da propriedade imóvel, removendo o obstáculo oposto à plenitude do exercício do domínio preexistente. O direito já está pré-constituído, embora latente. A autorização, liberando-o, elimina a restrição administrativa à sua eficácia, gerando uma situação jurídica definitiva: o di-

reito *virtualmente existente,* tornando-se eficaz, corresponde, para os fins da proteção jurídica, a um *direito adquirido.*

Ninguém mais discute, entre nós, a irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direito, ou seja, daqueles em razão dos quais nasceram ou se tornaram eficazes situações jurídicas definitivamente constituídas.

Seria tarefa fácil, mas supérflua, enumerar os textos conhecidos de doutrina e os acórdãos consagradores do entendimento, hoje consolidado na Ementa n.º 473 da *Súmula* do Supremo Tribunal Federal.

Essa universal concepção da irrevogabilidade dos atos administrativos geradores de direitos subjetivos (que apenas podem ser *anulados* por vício de legalidade, porém jamais *revogados* por motivos de conveniência) alcança também as licenças ou autorizações de construção, regularmente emitidas.

Eis o testemunho de André Mast:

"Le permis de bâtir régulièrement délivré fait naître un droit acquis, et ne peut être ni suspendu, ni retiré." (*Traité de droit administratif belge.* 1966. p. 196).

Virgilio Testa, em obra especialmente dedicada à *Disciplina Urbanística,* também assinala que "illegitima, comunque, deve considerarsi la revoca per motivi di opportunità o per la volontà de l'Amministrazione" (*Disciplina Urbanística.* 1971. p. 682).

Enumerando entre as formas de anulamento da licença edilicia o chamado autoanulamento, mostram Masucci e Torrepadula que:

"l'autoannullamento — como è noto — trova la sua giustificazione nel potere della Pubblica Amministrazione di autocontrollo di legitimità dei provvedimenti da essa emanati. Esso, quindi, può essere disposto soltanto per vizi di legittimità (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere) e non per vizi di merito" (Masucci, Giovanni & Torrepadula, Pietro Rocco di. *Diritto urbanistico.* 1969. p. 218).

Na França, segundo o regime da lei de 1969, a licença de construir se desdobra em dois atos sucessivos. Primeiramente, a Administração manifesta sua aprovação prévia ao projeto (*accord préalable*) e somente em etapa subseqüente aprecia a observância das normas legais ou regulamentares sobre a segurança, higiene, construção e estética.

Embora, como esclarece Marcel Waline, em compêndio atualíssimo, o acordo prévio ainda não constitua a autorização, torna-se irretratável até mesmo a manifestação preliminar da Administração, a bem da segurança jurídica dos particulares:

"L'accord préalable ne vaut sans doute pas permis de construire; mais l'administration ne pourra plus refuser ce dernier que pour des motifs tirés de la non-conformité aux dispositions sur l'hygiène, la securité, etc., elle ne pourra plus revenir sur l' accord donné en ce qui concerne la conformité aux dispositions d'urbanisme proprement dites" (Waline — *Précis de droit administratif.* v. 2, 1970. p. 308).

A estabilidade das relações jurídicas impõe o princípio da permanência das licenças de construção mesmo quando novos critérios de autorização venham a ser adotados. As mutações de orientação, ou de jurisprudência administrativa não podem afetar os atos de definitiva constituição, que já se integram no patrimônio jurídico de seus destinatários.

Conforme a lição atual de Guicciardi (Effetti della sopravv. di regole edilizie comunali sulla licenza di costruzione. *Revista Giuridica di Edilizia,* n.º 2, p. 97, 1966).

"la licenza legittimamente assentita rimane sempre legittima, e legittimamente copre l'attività del costruttore ad essa conforme, nonobstante il sopravvenire di regola più rigorose, in base alle quali la dicenza stessa non potrebbe essere più rilasciata".

A doutrina tradicional do direito administrativo brasileiro, expressa em mais de 20 anos de iterativo entendimento, como do-

cumentou Carlos Medeiros Silva, é igualmente no sentido de que as modificações da jurisprudência administrativa não podem abalar os atos consumados, geradores de direitos subjetivos, com desrespeito a situações definitivamente estabelecidas (Parecer. *Revista de Direito Administrativo,* v. 109, p. 278; ver também *RDA* — 69/187 e 195; *RDA* — 82/286; *R. Forense,* 231/47).

III

Se a licença legitimamente concedida, liberando a força regular do direito ou poder de construir, não pode ser discricionariamente revogada pela Administração, menos ainda se oferece essa possibilidade se a obra já foi iniciada.

É expressiva, nesse particular, a coincidência doutrinária, jurisprudencial e até mesmo legislativa, no plano do direito comparado.

A propósito do direito alemão, vale a categórica notícia de Ernst Forsthoff, na 9.ª edição do seu *Tratado de direito administrativo,* segundo o texto da tradução belga, que traz o endosso de seu próprio prefácio:

"De plus, la révocation n'est plus possible lorsque l'intéressé, par confiance dans la stabilité de l'acte, a entrepris de mettre en oeuvre ce qui lui avait été permis de faire, or lorsqu'il a simplesment procédé à des préparatifs *particuliers* (besondere Anstalten) ... L'exemple classique de mise en oeuvre d'une autorisation est celui de la construction d'um immeuble après délivrance d'un permis de construire. C'est pour ce cas surtout que cette règle a été dégagée par la jurisprudence administrative" (Forsthoff. *Traité de droit administratif allemand.* Bruxelles, 1969. p. 409; na tradução espanhola da 5. edição, 1958. p. 366).

Na Itália, a superveniência de normas, contendo exigências incompatíveis com a licença, permite a revogação desta, se ainda não executada a obra; mas a revogação é ilegítima se a construção já se iniciou, após a concessão da licença (Furitano. op. cit. p. 281).

A jurisprudência italiana é rica em decisões que tomam como diferencial entre a permanência ou o cancelamento da licença o efetivo início das obras; assim a aplicação de novas disposições legais, ou de novos regulamentos edilícios, ou mesmo de planos de urbanismo não pode atingir as autorizações já em início de execução, inclusive pelo levantamento das fundações (ver, a respeito, a abundante jurisprudência de diversos tribunais e várias épocas. In: *Rassegna di jurisprudencia sull'urbanistica* — coligida por Renzo Poggi, Milano, Guiffrè Editore 1970, especialmente p. 274, 275, 358, 359 e 371).

Essa jurisprudência inspirou a norma do art. 10 da Lei n.º 765, de 6 de agosto de 1967, que modificou a Lei n.º 1.150, de 17 de agosto de 1942, estabelecendo que "l'entrata in vigore di nuove previsioni urbanistiche comporta la decadenza delle licenze in contrasto con le previsioni stesse, *salvo che i relativo lavori siano state iniziati* e ventano completati entro il termine di tre anni della data di inizio" (grifo nosso).

Em decisão n.º 370, de 14 de maio de 1960, da Seção V do Conselho de Estado — que é, na Itália, a suprema instância da justiça administrativa — foi reafirmada a orientação jurisprudencial consagrada, declarando-se ilegítima a revogação de licença de obra já iniciada a pretexto de que estaria em conflito com plano urbanístico ulterior, como indica, em livro atualíssimo, Giuseppe Spadaccini:

"In ossequio a tale principio, la giurisprudenza ha sostenuto l'illegittimà dell'atto di revoca della licenza edilicia... nel caso che la revoca sia intervenuta a costruzione già iniziata, e motivata in rapporto al contrasto nella costruzione già autorizzata con la sistemazione della zona deliberata sucecisamente al rilascio della licenza" (*Urbanistica, edilizia, espropriazioni.* Roma, 1972. p. 559).

No direito norte-americano, em que a intensidade do desenvolvimento urbano levou à máxima proteção do competência para alterar os zoneamentos, há um obstáculo sempre reconhecido ao poder administrativo de restringir o uso da propriedade, antes autorizado pelos atos de classificação das zonas.

Quando o proprietário já dedicou o bem imóvel a um uso que não se compatibiliza com o novo zoneamento (*non conforming use*), basta essa circunstância para garantir o seu direito contra o poder de polícia do Estado.

A esse uso atual e presente — que assim resiste à nova ordem em contrário — a jurisprudência equiparou *a obra já substancialmente iniciada*, como tal se entendendo o lançamento das fundações e o contrato da restante construção. Nesse caso, fica-lhe assegurado o que, em nossa terminologia, chamaríamos o direito adquirido a concluir a construção.

No autorizado e exaustivo tratado sobre a Lei de Zoneamento e Planejamento (Law of Zoning and Planning) assim depõe Rathkopf:

"See Glenel Realty Corp. v. Worthington 4 App. Div. 2 d 702, 164 N.Y.S 2 d 635, 639, in which the Appelate Division, Second Department, of New York, holding that the petitioner, through the completion of excavation work, concrete foundation and the assumption of contractual obligations, in substantial amounts, had acquired a vested right to complete the structures..." (Rathkopf, Arden H. *The law of zoning and planning*. 1966. v. 2, p. 57-1).

Como informa o mesmo autor, a jurisprudência dominante (*majority rule*) é no sentido da irrevogabilidade da licença de construção, mesmo se contrária a novos regulamentos, e na conseqüente garantia do direito adquirido (*vested right*), quando o proprietário deu início substancial às obras, investiu recursos apreciáveis e assumiu obrigações de vulto:

"The majority rule, which can be synthetized from the multitudinous decisions in this area, may be stated as follows: A landowner will be held to haver acquired a vested right to continue the construction of a building or structure and to initiate and continue a use despite a restriction contained in an ordinance where, prior to the effective date of the ordinance, in reliance upon a permit theretofore validly issued, he has, in good faith, made a substancial change of position in relation to the land, made substantial expenditures, and has incurred substantial obligations. The rule has been more simply stated by Mc Quillin who expressed it in terms of "any substantial change of position, expeditures or incurrence of obligations under a permit" entitling the permitee to complete the construction and to use the premises for the purpose stated the permit without regard to the zoning or changes in zoning subsequent to issuance of the permit" (Rathkopf. op. cit. 57-6 e 57-7).

Entre nós, é das mais valiosas a opinião sustentada por José Carlos Barbosa Moreira, com a dupla autoridade de Procurador do Estado da Guanabara e de Professor de Direito. Após repelir a cogitação de um "direito adquirido à construção", decorrente da licença e, por via de conseqüência, a irrevogabilidade desta, assim condensa, contudo, o seu pensamento, diante do início de execução das obras:

"Mais razoável nos parece admitir que a licença se torne irrevogável a partir do momento em que o poder de construir comece a ser exercido, ou seja, do momento *em que tenha início o trabalho de construção*. Realmente, se se reconheceu ao proprietário, com a aprovação do projeto e a emissão do alvará, a possibilidade de exercer legitimamente *in concreto*, aquele poder, o começo desse exercício, reconhecido como legítimo, marca o ponto em que se cristalizam de modo definitivo, até o termo final do prazo de validade, os efeitos da manifestação de vontade da Administração, e concomitantemen-

te perde esta a faculdade de retirá-la por motivos de mera conveniência ou oportunidade..." (Parecer. *Revista de Direito da da Procuradoria Geral,* V. 16, p. 327, 1967).

A revogação da licença de obra já iniciada seria, em verdade, mais do que a violação do Direito *in abstrato,* desenhando-se como uma expropriação branca dos poderes de um domínio dinamicamente em exercício.

Eis o fundamento da observação aguda de Lucifredi, no sentido de que, após o início da execução da obra autorizada

"nessuna mutata situazione di fatto può vulnerare la posizione di qui, avendo costruito senza violare le leggi in base ad una legittima licenza, può essere bensì tenuto a spogliarsi della proprietà del suo edificio, ma solo sub specie di espropriazione, non ad altro titulo" (apud Spadaccini. op. cit. p. 553).

Tem sido aventado, com o abono ilustre de Hely Lopes Meirelles (Direito de construir. p. 101) que a Administração poderia revogar licenças legitimamente concedidas que "por motivos supervenientes passem a prejudicar o interesse coletivo. Nesse último caso, cassado o alvará, fica o Poder Público no dever de indenizar os danos suportados pelo particular, com a cessação da atividade, ou com a paralisação e demolição da obra, cujo exercício ou construção foram até então permitidos".

Não nos convencemos, porém, do acerto dessa alternativa que se pretende abrir à autoridade pública diante de um direito adquirido, gerado por um ato jurídico perfeito. Admitir-se que a Administração Pública possa desmerecer o direito do particular, mediante indenização *a posteriori* do dano que assim terá causado, é admitir válida a opção, pelo administrador, entre o *ato lícito* (manutenção da licença) e o *ato ilícito* (cassação da licença), respondendo o Estado pela violação, a ser composta, aliás, por processos sabidamente tardios.

Diríamos até que, se aceitar essa falsa opção para preferir conscientemente violar o direito à construção, cristalizado no alvará da licença, estará o funcionário agindo com dolo, omitindo-se ao dever de obediência às leis, o que importará sua responsabilidade regressiva pelo dano (Constituição, art. 107, parágrafo único).

O direito de propriedade, inscrito entre as garantias maiores do nosso regime político-jurídico (do qual, como vimos, o poder de construir, liberado pela licença, é uma das emanações) somente poderá ceder, quando a ele se oponha o interesse público, nas hipóteses da lei, diante de indenização *plena e prévia,* sendo intolerável o remendo de indenização *a posteriori,* de liquidação, ademais, diferida no tempo.

Tão grave é a lesão que a ilegalidade administrativa provoca na ordem jurídica, que Marcello Caetano chega a prever, pela ofensa a direitos, por uma revogação ilegal, que se cumulem — e não se substitua — a anulação da ilegalidade e a reparação dos danos causados (*Manual de direito administrativo.* p. 490).

Em todas essas opiniões e decisões de vários países e diversos regimes jurídicos, sobressai o mesmo princípio geral de proteção ao investidor de boa fé que, fiado na emissão regular da licença, iniciou as obras e aplicou recursos no empreendimento imobiliário, exercendo legitimamente o seu domínio, liberado por autorização válida que não pode ser revogada, sem lesão ao direito adquirido, ainda mesmo sob color de interesse público subseqüentemente ajuizado.

O administrador é o guardião natural do interesse público, que serve de limite ao direito individual da propriedade. Mas, na fluição do poder de polícia, está ele adstrito ao dever maior de acatamento aos princípios constitucionais que preservam e garantem a estabilidade dos atos jurídicos definitivos e das situações legitimamente constituídas. No Estado de Direito, a lei é ao mesmo tempo a fonte e o limite do Poder, assim como a constrição e a garantia dos direitos individuais.

IV

Os projetos aprovados, em razão das licenças concedidas, foram registrados, após o competente exame, no Registro de Imóveis, na conformidade do art. 32, alínea *d*, e § 1.º, da Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, como parte integrante dos memoriais de incorporações dos edifícios em construção nos respectivos lotes. As unidades correspondentes foram oferecidas à venda, com ampla publicidade e, de fato, adquiridas pelo público, fiado na seriedade do negócio, entre outros motivos pela certeza decorrente daquele registro. Constituiram-se, assim, direitos reais, cujo nascimento teve como pressuposto jurídico a eficácia da autorização administrativa, que foi uma das causas do registro imobiliário.

Essa exigência foi instituída, na atual lei, com o propósito de defender a economia dos adquirentes, antes sujeitos às incorporações imprudentes ou aventureiras, como depõe o próprio autor do seu projeto (Silva Pereira, Caio Mário da. *Condomínio e incorporações*. 165. p. 211).

O Decreto n.º 55.815, de 8 de março de 1965, que regulamentou a matéria, preceitua o processo de exame dos documentos apresentados pelo incorporador, e, reproduzindo as normas legais, responsabiliza, civil e criminalmente, o Oficial do Registro de Imóveis que, negligente no dever de fiscalização, arquivar documentação que contravenha à lei. E, em seu art. 6.º, claramente especifica que "a inscrição não pode ser cancelada senão:

a) em cumprimento de sentença".

Assim dispondo, não fez senão harmonizar-se com a Lei de Registros Públicos, que somente dispensa a ação direta anulatória nos casos de nulidade de pleno direito *do próprio registro* (art. 229).

Quando o vício de legalidade não atinge ao próprio registro, mas ao título ou documento que lhe deu causa, somente a via judicial é própria para o cancelamento do registro ou da averbação.

Tratando dessa figura de *nulidade oblíqua*, Serpa Lopes, o melhor de nossos tratadistas sobre registros públicos, enfaticamente pontifica:

"Chamaremos, finalmente, de nulidade oblíqua a que é dependente do título que serviu de base à transcrição ou instrição.

... Constituem matéria própria ao título e que não pode ser apreciada pelo Oficial do Registro de Imóveis" (Serpa Lopes M.M. *Tratado dos registros públicos*. 4. ed. 1960. v. 4, p. 366).

Como o registro, enquanto não cancelado, produzirá todos os seus efeitos legais, ainda que por outra maneira se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido (art. 293 da Lei de Registros Públicos), não podendo, como visto, operar-se o cancelamento senão em virtude de sentença transitada em julgado (ver art. 294 da L.R.A.), o poder de anulação *ex-officio* dos atos administrativos sujeitos a registro imobiliário (como é o caso das licenças de construção de edifícios incorporados) fica subordinado, em sua eficácia, ao prévio exame jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de emitir julgamento sobre a mesma tese, embora em hipótese diversa. No recurso de mandado de segurança n.º 11.353, do Paraná, foi apreciada a competência do Governador do Estado para anular ato administrativo que fora objeto de registro no cartório imobiliário. Sustentou o Estado a legitimidade do seu ato, fundado no princípio da autotutela e a regra que permite à Administração desfazer seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade.

Tendo em vista, porém, o princípio da eficácia do registro imobiliário e a defesa de terceiros de boa-fé, acordou a 2.ª Turma, em decisão unânime, que a anulação meramente administrativa violava direito líquido e certo dos adquirentes.

Estes os fundamentos do voto do eminente Relator, Ministro Aliomar Baleeiro:

"Sofreram, portanto, os impetrantes lesão a direito líquido e certo, por ato ilegal, pois não assiste ao Governador a possibilidade jurídica de invalidar situação jurídica constituída — a transcrição no Registro de Imóveis — por sentença dele, sob pretexto de praticar formalidade com que vai iniciar o cancelamento desse registro. O caminho é o inverso: há que promover judicialmente, com fundamentação em lei, esse cancelamento, para anular seu ato" (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 39, p. 465).

Se assim é quando se trate de *anulação* de ato administrativo, que pressupõe vício de legalidade, é óbvio que menos ainda poderá a autoridade administrativa *revogar* ato inscrito no Registro de Imóveis, atingindo não somente a situação jurídica diretamente constituída com o destinatário da licença de construção como ainda todos os direitos reais de terceiros que prosperam à luz da certeza jurídica que emana do registro válido e plenamente eficaz.

V

Com fundamento nas considerações acima expostas, passo a responder aos quesitos propostos na consulta.

1.º quesito — foi legítimo, nos dois casos, o procedimento das autoridades administrativas, tornando sem efeito as licenças, muito tempo depois de concedidas, e vários meses depois da venda das unidades e de iniciados os trabalhos de construção, da maneira mais ostensiva, sem qualquer embaraço ou advertência da administração?

Conforme a documentação acostada à consulta, as licenças foram regularmente concedidas. O ajuizamento discricionário, inerente às autorizações, exauriu-se com a sua concessão, compondo-se direitos subjetivos, protegidos pela lei, nos termos da Constituição.

A anulação das licenças, segundo transparece dos mesmos documentos, fundou-se em falso motivo, que é vício de legalidade reconhecido na doutrina, como na lei brasileira (Lei n.º 4.717, de 1965, art. 2.º, alínea *d*): no primeiro caso, o recuo previsto no projeto aprovado e objeto de termos de doação de 12 de novembro de 1971, facultou o alargamento da rua, eliminando as restrições ao tráfego; no segundo, a modificação feita no projeto e aceita pelo S.N.P.H.A.N., afastou a limitação imposta pelo tombamento da área.

As licenças de construção, com emolumentos pagos e alvarás emitidos, representaram legítimas *autorizações administrativas*, cujos efeitos — como assinalado — importam a remoção do obstáculo à eficácia do direito de propriedade, ou seja, ao *poder de construir* de que goza o proprietário, sob a limitação dos regulamentos administrativos, dos quais ficou liberado, pela via da licença.

O *direito adquirido*, a saber, a eficácia plena do direito de propriedade, ainda mais se fortalece pelo início de execução das obras, com a inversão já consumada de quantia vultosa e a obrigação contratual de valor ainda maior.

Inexistindo motivo real de anulação e exaurida a competência administrativa de revogação, respondemos negativamente ao quesito proposto.

2.º quesito — seria possível, no caso, invalidar as licenças, embargando sumariamente as obras, muito tempo depois do registro do memorial de incorporação no registro de imóveis, da venda de todas as unidades dos edifícios e da averbação dos respectivos contratos de promessa de venda no mesmo registro?

Os projetos aprovados pela administração, no uso regular de seu poder de polícia das construções, foram registrados no Registro de Imóveis, como parte essencial dos memoriais de incorporação. Essa formalidade exigida na Lei n.º 4.591, de 1964 visou, com o selo da presunção de legalidade que o registro imobiliário contém e a publicidade

que oferece, garantir os direitos reais de terceiros que, de boa-fé, aderissem ao negócio jurídico da incorporação.

Todo o sistema da atual lei de incorporações ficará gravemente comprometido se a eficácia do registro ficar sujeita ao alvedrio da Administração, que, pela revogação ou anulação das licenças, com o conseqüente embargo administrativo das obras, esvaziaria toda a força legal do registro, cujos efeitos subsistem até seu cancelamento formal, que a lei reservou, privativamente, à esfera judicial.

Mesmo, portanto, na hipótese extrema de vício de legalidade da licença de construir, a sua complementação através do registro imobiliário, para produzir efeitos contra terceiros de boa-fé, impõe que a anulação dependa de ato judicial, em ação direta de cancelamento do registro imobiliário.

Respondo, assim, também *negativamente* ao segundo quesito.

3.º quesito — as formalidades e os registros previstos na Lei n.º 4.591/64 e seu regulamento não geram uma situação jurídica, com base na criação de direito real, que não pode ser desfeita por ato de autoridade administrativa, cancelando as licenças de construção?

A solução dos quesitos anteriores antecipam a resposta *afirmativa* à presente indagação. O registro imobiliário produz todos os seus efeitos enquanto não for judicialmente cancelado, mesmo que o título que lhe deu causa (na hipótese, a aprovação do projeto de construção) contenha vício ou se tenha extinto (art. 293 da Lei de Registros Públicos).

4.º quesito — quais os limites postos à revisão dos atos administrativos consistentes em licenças de construção, especialmente quando serviram de base ao chamado negócio de "incorporação imobiliária", regulado pela lei específica, e do qual já decorreram situações jurídicas de que são beneficiários terceiros de boa-fé?

A licença de construção, regularmente expedida, máxime se a obra já se iniciou, com substancial investimento, não pode ser revogada pela administração, cujo poder discricionário se exauriu com a autorização concedida.

Se a licença de construir deu causa ao negócio jurídico de incorporação imobiliária, gerando direitos de terceiros, o efeito publicístico do registro do memorial, nos termos da lei, impõe que até mesmo a anulação do ato administrativo — que, via de regra, pode ser feita *ex-officio* pela própria Administração — passe a depender do cancelamento judicial do mesmo registro.

O registro do memorial de incorporação — que representa um *plus* essencial à formação dos negócios jurídicos entre o incorporador e os terceiros adquirentes das unidades — acrescenta novo elemento à eficácia material do ato de autorização. O desfazimento das situações jurídicas, assim associadas por um vínculo de conexão legal necessária, não pode deixar, portanto, de obedecer a um rito especial, condicionando-se a competência administrativa de anulação da licença ao cancelamento judicial do registro da incorporação. Os fundamentos doutrinários dessa opinião também encontram suporte na jurisprudência do Supremo Federal (acórdão no RMS-11.353 — RTJ — 39/462).

É o nosso parecer, S.M.J. Rio de Janeiro, 7 de maio de 1973. Caio Tácito, Professor da Faculdade de Direito da U.E.G.