LICENÇA PARA CONSTRUIR — REVOGAÇÃO — DIREITO ADQUIRIDO — PERDAS E DANOS

— Fere o direito adquirido a revogação da licença da construção por motivo de conveniência, quando a obra já foi iniciada.

— Se ocorrer a revogação da licença, antes de iniciada a obra, a questão se resolverá em perdas e danos.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antonio Paulella e outra *versus* Prefeitura Municipal de São Paulo
Recurso extraordinário nº 85 002 — Relator: Sr. Ministro
MOREIRA ALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 1º de junho de 1976. *Thompson Flores,* Presidente. *Moreira Allves,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves: A questão em causa assim é sintetizada nos itens 1 e 2 do acórdão recorrido (fls. 100):

"Trata-se de segurança impetrada contra a cassação de alvará de construção de posto de serviço para automóveis. Tempos atrás, o art. 40 do chamado Código Sabóia provocava sucessivas decisões deste eg. Tribunal, à vista de suas restrições ao direito de propriedade, dia a dia, ampliadas ou estendidas a outras zonas em que se dividia a Capital. Renova-se, agora, o debate a respeito de diplomas referentes ao plano diretor e ao zoneamento da cidade, que acrescentaram novas limitações ao direito de construir. Tudo em atenção ao princípio fundamental de que o direito de propriedade não é absoluto, mas subordinado ao bem comum.

O impetrante requereu a licença em outubro de 1973, na vigência da Lei nº 7 805, de 1.10.1972, e o deferimento é de 17 de janeiro de 1974, pouco depois de promulgada a Lei nº 8 001, de 24.12.1973. De acordo com este diploma, a Av. República do Líbano deixou de pertencer à zona de uso predominantemente residencial (Z-2) para integrar a categoria Z-1, isto é, zona de uso estritamente residencial, circunstância que implicaria no indeferimento da pretensão. Mas o interessado foi atendido com base no art. 48 da Lei nº 8 001, segundo o qual os pedidos de licença de construção protocolados na vigência da lei anterior podiam ser decididos em conformidade com essa legislação. Todavia, a Prefeitura Municipal veio a entender mais acertado só permitir o uso da avenida para o previsto na Lei nº 8 001 — exclusivamente residencial. Daí a cassação do alvará e, em conseqüência, o presente mandado de segurança."

A segurança foi denegada pela Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, vencido o relator, que a concedia.

Contra essa decisão foi interposto recurso extraordinário, admitido pelo seguinte despacho (fls. 143-144):

"Trata-se de mandado de segurança impetrado contra o ato da Municipalidade de São Paulo que cassou alvará de construção.

A Segunda Câmara Civil, no acórdão de fls. 100, tomado por maioria de votos denegou o pedido.

Daí o presente recurso extraordinário, interposto com o escudo do art. 119, nº III, letras *a*, *c* e *d*, da Constituição da República. Alegam os recorrentes que a decisão negou vigência a princípios estabelecidos na Carta Magna e na legislação federal, garantidores do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, bem como da legalidade e da isonomia, ou igualdade de todos perante a lei; do direito de propriedade e, conseqüentemente, da liberdade de construir. Doutro lado, o acórdão teria ainda contrariado o nº 473 da *Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal*, colocando-se, também, em sentido oposto o aresto do Tribunal de Alçada Civil deste mesmo Estado, inserto no vol. 368, p. 308, da "Revista dos Tribunais".

O recurso foi impugnado, pela Municipalidade de São Paulo. A Procuradoria-eral da Justiça entretanto, opinou pelo deferimento.

A arguição de ofensa aos princípios constitucionais aludidos na petição do apelo extremo (fls. 112) é muito razoável, como se demonstrou no douto parecer de fls. 139, a que me reporto.

Armou-se, igualmente, com habilidade, o problema do dissídio de jurisprudência.

Armou-se, igualmente, com habilidade, letras *a* e *d*, defiro o processamento do recurso, apesar do pequeno valor dado à causa."

A fls. 243-244, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Moacir Antonio Machado da Silva:

"O v. acórdão de fls. concluiu pela revogabilidade de licença para construir, regularmente expedida pelo Poder Público, por motivos de conveniência administrativa, mesmo em relação à obra em fase adiantada de construção.

Neste extraordinário, sustentam os recorrentes ofensa ao princípio constitucional do direito adquirido e ao art. 524 e 572 do Código Civil, bem como divergência com a jurisprudência compendiada na *Súmula* 473.

O poder discricionário da Administração não pode evidentemente se sobrepor à garantia constitucional do direito adquirido. A revogação que se dá por motivos de conveniência e oportunidade, já não será possível quando do ato tenha nascido direito subjetivo para o particular. Esse o princípio consagrado na *Súmula* 473 do Supremo Tribunal Federal.

Iniciado o trabalho de construção, surge o direito do beneficiário de dar continuidade à obra, até o termo final do prazo de validade da licença (ver Caio Tácito *in* Licença para Construir... RDA 114, p. 471).

Ademais, como salientou o douto voto vencido do ilustre Desembargador Tito Hesbeth, o art. 48 da Lei est. nº 8 001, de 1973, reconhecia o direito de os recorrentes construirem segundo a legislação vigente por ocasião da apresentação do projeto, de forma que o alvará não poderia de qualquer forma ser revogado porque inexiste poder discricionário *contra legem*.

Pelo conhecimento e provimento."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): O denominado *direito de construir* nada mais é em verdade, do que uma das faculdades jurídicas que se contém no direito de propriedade. Essa faculdade, porém, só pode ser exercitada regularmente quando o Poder Público competente autorize esse exercício. O que vale dizer que o exercício dessa faculdade jurídica está subordinado a um controle prévio do Estado, em atenção ao interesse coletivo. Por isso, a licença de construção é um ato administrativo que se classifica entre as *autorizações*.

Não sendo o *direito de construir* um direito subjetivo, mas simplesmente uma faculdade jurídica que integra, com muitas outras, o conteúdo do direito subjetivo de propriedade, poder-se-á discutir — as opiniões, a respeito, não são acordes — se com a concessão da licneça, se constituiria, em favor do titular dessa faculdade jurídica, algum direito que se pudesse considerar adquirido, para o efeito de aplicação do princípio consubstanciado na *Súmula* 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais porque deles não se originam direitos: ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Iniciada, porém, que seja a obra autorizada, o problema muda de feição, porquanto, neste caso, há, inequivocamente, direito adquirido. Com efeito, tudo aquilo que acede ao solo passa, por via de regra, a ser objeto do direito de propriedade do proprietário deste. Há, pois, direito de propriedade sobre a construção, ainda que apenas iniciada. E esse direito não pode ser atingido por ato administrativo que, com base em legislação nova, vise a revogar a autorização em virtude da qual se praticaram os atos necessários a que ele surgisse. Essa revogação é obstada pela existência desse direito adquirido (o di-

reito de propriedade sobre a construção). No caso, não há mais uma simples faculdade jurídica que pode ser exercitada porque o ato administrativo de autorização declarou a inexistência de qualquer restrição a esse exercício; existe, sim, um direito subjetivo — o direito de propriedade sobre o que já se construiu — integrado no patrimônio de seu titular. Por isso mesmo, não se pode admitir, sequer, que o Poder Público, nessa hipótese, tenha a possibilidade de revogar a autorização, indenizando, *a posteriori*, os danos decorrentes da demolição. E não se pode admitir isso, porque, assim, se estaria violando o disposto no § 22 do art. 153 da Constituição Federal que assegura o direito de propriedade, salvo os casos de desapropriação, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Aliás, mesmo em países onde o princípio da irretroatividade não é preceito constitucional, não se admite a evogação de licença para construção quando a obra já se iniciou. Assim, por exemplo, na Alemanha, com relação à qual salienta Fritz Fleiner (*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrech's*, 2. Neudruck der 8. Alfrage, § 13, p. 200/201, Aalen, 1963) que o Poder Público não pode modificar uma autorização relativa a construção, depois de o proprietário haver começado a construir. No mesmo sentido Walter Jellinek (*Verwaltungsrecht*, zweit Auflage, § 11 p. 270. Berlin, 1929) e Forsthoff (*Lehrbuch des Verwaltungsrechts, erster Band*, 9. Auflage, § 13, p. 259, München und Berlin, 1966).

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para conceder a segurança requerida.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Thompson Flores (Presidente): Peço ao ilustre advogado, antes que deixe a tribuna, que esclareça se o mandado de segurança visou, simplesmente, a anular a cassação da licença para construir, ou se foi além, visou assegurar o direito à licença para funcionar o posto de gasolina?

O Dr. Carlos Robichez Penna (Advogado da recorrida): Sr. Presidente, o mandado de segurança foi colocado no sentido da revogação do ato praticado pelo Sr. Prefeito.

Quanto à licença para funcionamento do posto, ela já se encontra concedida.

VOTO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Relator, mas gostaria de esclarecer o meu ponto de vista.

Considero que a Constituição assegura o direito de propriedade, de modo pleno, e o Código Civil assegura o direito de construir de acordo com os regulamentos administrativos. Não há dúvida de que o Poder Público tem o poder de polícia, o poder de zoneamento, a mais ampla competência para dispor como os proprietários de certas zonas podem usar os seus terrenos, no que diz respeito às conveniências da coletividade.

Agora, desde que se estabeleceu a norma jurídica para isso, considero que esta disciplina do licenciamento de obras — por envolver interesses de natureza vária e socialmente relevantes, não apenas para o indivíduo, porque importa em investimento na utilização do solo, mas em benefício da coletividade — deve ser muito prudente. Quero dizer, desde que existe uma lei, esta lei deve ser observada e, uma vez concedida a licença, a concessão gera o direito, para o proprietário, de construir, de conformidade com ela, porque, de outro modo, nas grandes cidades, se não se desse segurança ao licencia-

mento, aos alvarás de licença, não poderia haver a indústria de construção civil, de um modo geral. Sempre fui muito ligado a ela de modo que conheço o problema.

Por outro lado, como Procurador-Geral da Justiça do então Estado da Guanabara, tive oportunidade de examinar esses problemas, em dois casos famosos, e também estou convencido de que uma licença, obtida ilegalmente pelo proprietário, não gera direito algum para o mesmo, porque tanto o proprietário, como o funcionário, não podem ignorar a lei. Quem obtém ilegalmente uma licença, não pode postular a sua validade. Considero esta licença cancelável, porque nula, por fraude à lei, e portanto, não gera direito algum. Mas, se a licença, o alvará for concedido de conformidade com a lei, para mim não precisa, como também para o eminente Ministro Moreira Alves, que a obra se execute. Dentro do prazo de validade dela, tem o proprietário, que a licenciou de acordo com a lei, com absoluta observância da lei, o direito de construir, por que está usando a sua propriedade de acordo com o Código Civil, de acordo com a lei vigente. O Estado, depois de concedida a licença, de conformidade com a lei, não pode argüir que é da conveniência coletiva revogá-la. Primeiro, porque essa conveniência coletiva não se pode sobrepor ao Código Civil, que é uma decorrência da Constituição; e, segundo, porque não pode eliminar o direito do proprietário e também o direito que ela própria reconheceu; a conveniência que está na lei, que foi observada, por ocasião da concessão da licença. Quando ela revoga a licença concedida, diz que o faz em nome do interesse público. Mas, em nome de que havia concedido a licença anterior? Não foi de acordo com o interesse público?

Então, o que houve não foi a mudança do interesse público, mas mudança de critério da administração, e ele pode estar, perfeitamente, baseado num erro.

Acho que a licença é um ato sério e que o Estado deve pensar duas vezes antes de concedê-la, e, se concedeu, gera ao proprietário o direito de construir.

No caso, além desse direito, que reconheço, S. Exª mostrou que em toda a doutrina germânica é nesse sentido; e não ignoro que, igualmente Planiol e Ripert entendem assim, porque, em qualquer parte do mundo, onde não há direito adquirido pela Constituição, há o respeito à propriedade e, também, às atividades que se refletem, no comércio, na prosperidade pública.

De modo que, assim como não teria dúvida em cancelar um alvará obtido em fraude à lei, considero intocável o alvará de licença concedido de conformidade com a lei, pelo poder competente, pelo prazo de sua vigência. Em todo o mundo, a decorrência do direito de propriedade é assegurada pela Constituição.

Peço desculpas por me estender um pouco, mas este é um tema sobre o qual ainda não tinha falado, não tive oportunidade de manifestar-me, e é um tema apaixonante, nas grandes cidades. Há grandes interesses em jogo, que não podem ficar ao arbítrio da autoridade. Não estou censurando o ato da autoridade, talvez bem inspirada por circunstâncias várias, mas, neste caso, o eminente Ministro Moreira Alves apontou bem o caminho, que é a desapropriação e não a revogação.

Acompanho S. Exª conhecendo do recurso e lhe dando provimento.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Sr. Presidente, queria dar, apenas, uma explicação.

Sustentei, no meu voto, que é possível a revogação da licença antes de iniciada a obra pois, nesse caso, ainda não se apresenta direito adquirido.

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Mas o Estado também não pode negar, injustificadamente.

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Nessa hipótese, o Estado indenizará os prejuízos que a revogação causar, como, por exemplo, despesas de plantas elaboradas em face da autorização.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Sr. Presidente, V. Exª me permite um esclarecimento?

Na hipótese emergente, é evidente, admitiria a revogação, mediante indenização. Mas, depois de concedida a licença e postos em andamento todos os interesses, de natureza vária, perfeitamente legítimos, não vejo como se possa prejudicar o proprietário.

O eminente Relator mesmo sentiu este problema, porque disse que, aí, já passa para o campo do direito de propriedade, que tem que ser previamente indenizado.

Ninguém ignora que o meu espírito é muito conservador, pelo menos em certos casos, e respeitador da propriedade. O Estado que pense duas vezes, antes de dar a licença. Se deu a licença, responde por ela.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão de Abreu: Sr. Presidente, não considero indispensável, no momento, examinar a questão suscitada pelo eminente Ministro Cordeiro Guerra, reservando-me para fazê-lo em outra ocasião. De acordo com o eminente Relator, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Sr. Presidente, como se trata de imóvel que, pela sua estrutura, tem destinação específica e não serve para uso diverso, quero deixar expresso que acompanho o eminente Relator, mas deixo aberta a questão de se o impetrante e recorrente terá, ou não, direito à licença de localização para o ramo de distribuição de combustíveis.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flores (Presidente): Perguntaria se a única questão suscitada nos autos foi a exposta por V. Exª, eminente Relator, ou se invocou-se, também, o direito de exercer a atividade profissional a qual se destinou o imóvel?

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Essa questão não foi discutida nos autos.

O Sr. Ministro Thompson Flores (Presidente): Ante os esclarecimentos prestados por V. Exª, estou de inteiro acordo com o voto que proferiu, conhecendo, também, do recurso e lhe dando provimento.

EXTRATO DA ATA

RE nº 85 002 — SP — Rel., Ministro Moreira Alves. Rectes., Antonio Paulella e outra (Adv., Carlos Alberto Freitas Moita e outros). Recda., Prefeitura Municipal de São Paulo (Adv., Arabela Maria Sampaio de Castro).

Decisão: Conhecido e provido nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Sérgio Gonzaga Dutra, e, pela recorrida, o Dr. Carlos Robichez Penna.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra e Moreira Alves. 2º Subprocurador-Geral da República, o Dr. Joaquim Justino Ribeiro.