

# A LICENÇA URBANÍSTICA DE CONSTRUIR E SEU ESTATUTO NORMATIVO: o estudo de um caso concreto<sup>1</sup>.

Rogério Gesta Leal<sup>2</sup>

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS:

O tema do Direito Urbanístico no Brasil tem tomado o seu devido lugar de relevo no âmbito do conhecimento jurídico e político dos operadores do direito nos últimos tempos, notadamente a partir da edição do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº10.257, de 10/07/2001), que revigorou o debate e a reflexão sobre a matéria.

Ocorre que, neste processo, tem-se percebido que muito há que maturar e compreender sobre o Direito Urbanístico, tanto em face de sua natureza fenomenológica e polissêmica, constituído que está de múltiplos saberes e experiências, com em razão da complexidade das relações sociais que encerra. Isto se reflete no campo da teoria do direito e no da dogmática jurídica que alcança o *thema*, exigindo dos manejaadores dos institutos que compõe o universo deste novo ramo do direito níveis de compreensão distinguidos pela sua multidisciplinariedade e arejamento.

Assim, a proposição interlocutória que trago aqui vem marcada por três preocupações: (a) identificar quais os elementos exógenos e endógenos ao sistema jurídico que se encontram na base de qualquer discussão abarcando o fenômeno urbano; (b) dimensionar o Direito Urbanístico, com sua formatação plural, a partir do estudo de um caso concreto, envolvendo licença urbanística de construção civil, em torno de uma demanda jurisdicional; (c) aferir a insuficiência do instrumento do Mandado de Segurança no Brasil para o enfrentamento de alguns temas de alta complexidade envolvendo o Direito Urbanístico.

---

1 Texto atinente à conferência proferida na Universidade Carlos III, de Madrid, e na Universidade de Zaragoza, Espanha, em 26 de fevereiro e 02 de março de 2004.

2 Rogério Gesta Leal é Doutor em Direito, Coordenador do Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, Brasil, e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

## II. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ELEMENTOS FACTUAIS IDENTIFICATÓRIOS DO PROBLEMA URBANO E JURISDICIONAL EM ESPÉCIE:

O caso concreto que vamos analisar versa sobre apelação cível interposta por um Município do Rio Grande do Sul, em face de sentença proferida nos autos de Mandado de Segurança impetrado por um cidadão contra o Prefeito Municipal desta cidade e o seu Secretário de Planejamento Urbano.

O impetrante narra na inicial que após regular procedimento administrativo, obteve do Município, em 21 de dezembro de 2000, licença para a edificação de um prédio a ser encetada em terreno de sua propriedade. Concedida a licença por portaria municipal, o autor diz dar início às sondagens do terreno e às obras do fundamento do prédio. Todavia, em 11 de janeiro de 2002, é intimado pelo Serviço de Fiscalização da Secretaria do Planejamento Urbano, a providenciar na regularização do Projeto, visto que aquele anteriormente aprovado foi cancelado, sendo-lhe concedido o prazo de 30 dias, sob pena de ter a obra embargada, com base legal na Lei Municipal nº 1.793/2001. Posteriormente, recebe correspondência do segundo impetrado – Secretário de Planejamento Urbano do Município - , fazendo referência aos prazos de validade das aprovações de projetos e estudos de viabilidades, perquirindo também a apresentação do projeto definitivo. Em relação a estas duas missivas, denuncia haver um “choque” de prazos, já que enquanto a intimação concede o prazo de trinta dias, a correspondência do Senhor Secretário de Planejamento e Urbanismo defere sete dias às regularizações consecutivas. Refere, ainda, que a autoridade com capacidade legal para intimar é o Fiscal e não o Secretário, consoante legislação própria, inexistindo sanção alguma no termo.

Na seqüência de suas argumentações, pondera que a ordem postulada tem a finalidade de assegurar o exercício de seu direito líquido e certo de prosseguir na execução das obras cujo projeto foi regularmente aprovado pela autoridade administrativa competente, consoante os termos da licença que possui, ficando sujeito, contudo, neste exercício, à ação fiscalizadora das autoridades competentes.

Por tais razões, sustenta que se impõe a anulação da decisão administrativa que “cancelou” o projeto em causa, por manifesta violação ao princípio do direito de defesa consubstanciado no art.5º, inciso LV, da Constituição Federal, e por ausência do devido processo legal, condicionante obrigatória estabelecida pela Lei Orgânica do Município. Postula medida liminar, independentemente da oitiva dos impetrados, consistente na suspensão de todos os efeitos jurídicos da intimação para paralisação das obras em questão, assim como do noticiado “cancelamento do projeto”, ou ato administrativo similar do qual se pretenda extrair a revogação da licença para construir, até definitivo julgamento da presente ordem.

A promoção do Ministério Público é no sentido de ser indeferida a medida liminar.

Deferida a liminar, determinando fossem sustados os efeitos da intimação administrativa para paralisação das obras, bem como do noticiado “cancelamento do projeto”, ou qualquer ato administrativo que importe em empecilho para o impetrante prosseguir com a fiel execução do projeto aprovado, até julgamento do mérito.

Prestadas as informações pelo prefeito municipal, informando que o projeto licenciado estava eivado de irregularidades, pois em desacordo com os dispositivos do Plano Diretor do Município. Referiu que o ato administrativo nasceu nulo, por descumprimento do titular na execução do projeto apresentado ao Município.

Sobrevém sentença, concedendo o *mandamus*, para declarar a nulidade do ato de intimação administrativa para a paralisação das obras, bem como do noticiado cancelamento do projeto, ou qualquer ato administrativo que importe em empecilho ao impetrante à fiel execução do projeto aprovado, tornando definitiva a liminar deferida. Entende o julgador singular que o ato administrativo, por natureza, tem presunção de legalidade, salvo demonstração em contrário, asseverando que, na hipótese, a municipalidade inicialmente concede autorização para construir, aprova o projeto e, sem qualquer demonstração de desvio de finalidade ou alteração do projeto aprovado, emite auto de intimação determinando a regularização do projeto, visto que o anterior e primeiro fora cancelado. Para tal ato, agrega relatório de vistoria realizado por arquiteto e agente de fiscalização, cujo fundamento que se destaca é a inadequação da obra com o novo plano diretor, plano este anterior ao encaminhamento e aprovação do projeto. Diz também que não se pode estabelecer a hierarquia de dois atos administrativos antagônicos, bem como, pelo todo exposto nos autos, a necessidade de dilação probatória – especializada – para apurar-se a irregularidade do projeto em relação ao plano diretor e, conseqüentemente, a ilegalidade do ato administrativo que concede a licença para construir. Refere que a ilegalidade do ato inquinado resta incontroversa quando este não apresenta, na notificação, especificadamente, quais as irregularidades constatadas no projeto pela municipalidade, para que com isso possa, o impetrante, ou proceder às alterações necessárias para regularização da obra, se assim entenda, ou buscar defender-se na área administrativa. Em síntese, aduz não ser possível à municipalidade, ao seu livre arbítrio, declarar a nulidade de atos praticados por ela mesmo, principalmente quando com tal conduta restringe direitos anteriormente reconhecidos, sem, no mínimo, oportunizar a ampla defesa. Condena a autoridade coatora ao pagamento das custas processuais, sem honorários advocatícios ante o já sumulado pelo STF.

Irresignado, o Município interpõe Recurso de Apelação, argüindo, em preliminar, a nulidade da sentença, por entender ser *extra petita*., pois o julgador extrapola os limites da lide colocada a sua apreciação para prestar a tutela jurisdicional. Entende que o *writ* em tela é corretivo e o julgador concede ao apelado a segurança preventiva, quando expressa na sentença que concede o *mandamus* para declarar a nulidade do ato de intimação administrativa para a paralisação das obras, bem como o noticiado cancelamento do projeto, ou qualquer ato administrativo que importe em empecilho ao impetrante prosseguir com a fiel execução do projeto aprovado, já que este último pedido não é postulado pelo apelado, restringindo-se a exordial tão-somente a postular a suspensão de todos os efeitos jurídicos da intimação para paralisação das obras em questão, assim como do noticiado “cancelamento do projeto” ou ato administrativo similar do qual se pretenda extrair esteja revogada a licença para construir. No mérito, entende que a pretensão do apelado não deve prosperar, necessitando de reforma a sentença, pelo fato de que a licença concedida e posteriormente cancelada pelo Município é nula de pleno direito, pois não observa a legislação local, em especial o Plano Diretor.

Apresentadas contra-razões pelo impetrante, afirmando que a sentença deve ser mantida.

Sobrevém novo parecer do Ministério Público opinando pelo conhecimento do recurso interposto e pelo seu improvimento, mantendo-se incólume a sentença que concede a segurança ao impetrante.

Vindo os autos ao Tribunal de Justiça, foram para relatoria de um outro Eminentíssimo Desembargador, que vota pelo improvimento do recurso e manutenção da decisão de primeiro grau.

Discordando do duto colega, apresento voto divergente, cujos argumentos passam a ser explorados.

### III. UM PRELIMINAR ENQUADRAMENTO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO THEMA RECURSAL:

A matéria versada nos autos tem tratamento normativo esquadrihado, preliminarmente, pelo texto constitucional em vigor, mais especialmente pelo que dispõe o art.30, 174 e seguintes, mais o art.182 e seguintes, eis que versam sobre a ordem econômica e urbana em face das competências do Poder Público local.

Neste diapasão, mister é reconhecer que a propriedade urbana no país, a partir notadamente da norma constitucional vigente, é um instituto jurídico cuja definição corresponde a um conjunto transdisciplinar de interesses e matérias, jurídicas ou não.

Num plano mais geral e tradicional, posso aqui afirmar que um conteúdo inerente à propriedade urbana é o circunscrito pelos chamados limites positivos que fixam o elenco de poderes e faculdades do titular do direito e o alcance do respectivo exercício, bem como até onde aquele pode ir na realização de tais poderes e faculdades. De outra banda, há um conteúdo negativo, circunscrito pelo limites que estabelecem até onde podem ocorrer ingerências e tangenciamentos de terceiros em relação ao direito alheio, quais os poderes e faculdades de que não dispõe seu titular e aonde esse não pode ir no exercício do direito<sup>3</sup>.

Por estas razões, a legislação, ao estabelecer tais limites, tem imposto ao titular do direito um “fazer” (conservar o prédio urbano), um “não-fazer” (não usar nocivamente a propriedade imobilizada em detrimento dos vizinhos) ou um “suportar” (o vizinho pode entrar no terreno limítrofe para reparar o muro divisório)<sup>4</sup>.

Assim é que os limites positivos e negativos do próprio conteúdo do direito, e as limitações ao seu exercício, estabelecidas pelas regras jurídicas, formam o seu estatuto<sup>5</sup>, não podendo ser de todo absoluto, eis que tal conteúdo e exercício têm de possibilitar sua coexistência com outros direitos. O poder ou a faculdade do exercício se inscreve, pois, no conteúdo do direito e, se ele é irregular ou danoso, há ilicitude, o que o sistema jurídico não pode aceitar<sup>6</sup>.

Quero afirmar, pois, que não existe imutabilidade em questão de poderes, de faculdades, em termos de conteúdo e de exercício de direitos – tampouco aos atinentes à propriedade urbana no Brasil, como veremos. Em decorrência disto, as alterações no estatuto do direito de propriedade, a imposição de novas limitações, o aumentar ou

---

3 Ver o trabalho de ARONE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

4 Por óbvio que estamos falando aqui de uma perspectiva dogmática da matéria trazida pela história de grande parte da abordagem civilista do tema no Brasil e outros países com semelhante formação jurídica. Neste sentido, ver os trabalhos de AZEVEDO, Filadelfo. *Destinação do imóvel*. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 1957, pp. 143-157; BRANCA, Giuseppe. *Della Proprietà* (arts. 957-1099). Bolonha: Zanichelli, 1957, pp. 448-503; CARVALHO SANTOS, J. M. *Verbete Encravamento*, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsó, s/d, vol. XX, pp. 197-205; DANTAS, Santiago. *O Conflito de Vizinhança e sua Composição*. Rio de Janeiro: Globo, 1939, 352 pp.; GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Limonad, 1956, XII, I, pp. 22-49. Para boa parte destes autores o mau uso da propriedade vinha definido pelo costume do lugar ou pela extensão do prejuízo causado. Em outras palavras: *Se o incômodo excede ao que é razoavelmente tolerável, segundo as circunstâncias, haverá mau uso da propriedade*. BENVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p.74.

5 Utilizando aqui as palavras de HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1987, p.139.

6 Neste sentido a advertência de GANDOLFO, Orlando Carlos. *Limitações da propriedade*. In Revista dos Tribunais, vol.421. São Paulo: RT, 1970, pg.39/46.

diminuir de seu conteúdo não acarretam, em princípio, obrigação necessária de indenizar ou ilicitude por si só<sup>7</sup>, mas mera potencialidade empírico-contingencial, a ser densificada por cada caso concreto.

Todas estas questões atingem diretamente o tema da ordenação do território urbano, principalmente quando se leva em conta que o espaço urbano é antes de tudo propriedade urbana, seja pública ou privada, o que explica a relação umbilical entre estes temas, destacando-se aqui e novamente a ampliação das condições e possibilidades de gestão desta propriedade por parte do Poder Público e o dever de tolerância e suportabilidade por parte da propriedade privada, em nome exatamente da segurança, do bem estar da população e da sustentabilidade do desenvolvimento equilibrado do meio ambiente natural e construído<sup>8</sup>.

Em outras palavras, seguindo a dicção do texto constitucional, estou a dizer que o direito de propriedade no país não pode mais ser tido como absoluto, isto porque ela deve atender à sua função social, inserindo-se nesse conceito o cumprimento dos ditames da política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei.

Assim é que a tutela social dos incisos XXII e XXIII, do art. 5º, da Constituição Federal, insertos dentre os direitos e garantias individuais, está a impregnar toda a Constituição e o Ordenamento vigente, garantindo, dentre outras prerrogativas, a propriedade desde que vinculada à sua função social.

A perspectiva axiológica do conceito referido, por sua vez, vem orientada pelos princípios fundamentais da República, que têm na dignidade da pessoa humana regra basilar, fixada pelo art. 1º do Estatuto referido.

Vale dizer, é a própria Constituição, nos princípios e objetivos fundamentais da República, que determina que a função social da cidade e da propriedade estejam umbilicalmente vinculadas à busca da dignidade humana, através da igualdade substancial de todos. No mesmo sentido, redução de desigualdade significa que a isonomia constitucional, antes apenas formal - todos são iguais perante a lei -, hoje passou a ser substancial -, ou seja, o tratamento legal será desigual sempre que esteja em jogo os princípios, direitos e garantias federativas fundamentais, exatamente para garantir o mais alto grau de suas observâncias e concretização<sup>9</sup>.

Mas, afinal, no âmbito da ordenação do espaço urbano brasileiro, a quem compete dar concretude a todos aqueles princípios e regras jurídicas constitucionais e infra-constitucionais? Tenho que a todos os cidadãos e entidades que co-habitam na República, para uns de forma mais institucional (os Poderes Estatais), para outros de forma mais espontânea (organizada ou não), a saber, a Sociedade Civil. Por óbvio que a perspectiva institucional/estatal é a que vem, ao meu sentir, mais destacada no texto constitucional, o que se reflete também no cotidiano das pessoas, eis que historicamente a sociedade civil no Brasil não tem conseguido um grau de articulação e mobilidade capaz de sustentar práxis de pressão, controle e reivindicação eficaz em face das autoridades competentes<sup>10</sup>.

---

7 Retroagindo à função social da propriedade, essa leva, especificamente, a que o titular seja obrigado a "fazer", a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem-comum. A função social da propriedade corresponde, desta forma, a uma concepção também comissiva do uso da propriedade. Neste sentido, ver o trabalho de DI LORENZO, Italo. *Diritto Urbanistico*. Turim: UTET, 1998, pg.48.

8 Neste sentido o trabalho de LEFÈBVRE, Henry. *The production of space*. London: Blackwell, 1992, pg.34 e seguintes.

9 Já tratei deste tema no livro LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A despeito disto, cumpre observar que o perfil do Estado contemporâneo em nosso país vem profundamente alterado por sua adjetivação de Democrático de Direito, a saber, radicalizado em suas funções promovedoras das promessas constitucionais, e não apenas como garante delas. Como assevera Vitale, este novo modelo de Estado está definitivamente marcado por uma substancialidade valorativa e ética, informada pelas conquistas históricas da humanidade, notadamente as normatizadas nos direitos humanos e fundamentais.<sup>11</sup> Tudo isto afeta principalmente os poderes instituídos do Estado (legislativo, executivo e judiciário).

Nos seus andares oficiosos, notadamente o Poder Executivo, face a sua função materialmente administrativa, (por oposição às funções legislativa e jurisdicional), visando ao atendimento concreto dos interesses público e social, vê-se hodiernamente em frente de situações jurídicas individualizadas envolvendo temas os mais diversos, as quais se explicitam através da prática de atos, negócios jurídicos e fatos jurídicos; quer no chamado mundo dos fatos, quer já no mundo jurídico, isto é, exercendo poderes e faculdades, direitos, cumprindo deveres e obrigações. Para tanto, ele se vale dos instrumentos normativos atinentes a cada espécie de demanda, haja vista sua necessária vinculação aos termos e limites normativos que lhe são impostos (art.37, caput, do Texto Constitucional, por exemplo).

Estes instrumentos têm, no caso da propriedade urbana, o escopo de *regularizar* o condicionamento do seu uso e das ações econômicas que as envolve às peculiaridades locais, decorrentes que são do poder de polícia que é inerente a todas as entidades estatais, para a regulamentação das atividades que se realizam em seus territórios e sob sua fiscalização.

Veja-se que esta regulamentação é tanto mais necessária quanto maior for a implicação do uso da propriedade e do exercício da atividade econômica com os interesses públicos indisponíveis, tais como a higiene da saúde pública, com a segurança e a ordem públicas, e especialmente com o abastecimento da população local.<sup>12</sup>

Ora, seguindo esta linha de raciocínio, parece-me que, havendo interesse local da região ou Município, está ele autorizado a editar normas que versem sobre a intervenção na propriedade e ordem econômica - claro que respeitando a legislação das demais entidades federativas competentes - , exercendo, entretanto, exegese extensiva, afeta aos seus interesses peculiares, comportamento, aliás, que tem relação às normativas que regulam a matéria urbanística, como é o caso do plano diretor, do código de obras, do parcelamento do solo urbano, do código de posturas, etc.. Com tal atividade legiferante e com as políticas e ações públicas consecutórias, o Município vai criando espaços e condições de intervenção real no âmbito da propriedade privada, entendida aqui esta intervenção como *todo aquele ato advindo do Poder Público que indica, restringe ou retira direitos dominiais privados, ou delimita a utilização de bens ou serviços particulares em face dos interesses públicos existentes*<sup>13</sup>.

---

10 Neste sentido, com caráter mais internacional, ver o trabalho de OLIVIER, Claude Yaniv. *L'Etat Communicant*. Paris: Dalloz, 2000, p.187, e, no aspecto nacional, ver o texto de CARVALHO, Carlos. *Objetivos Versus Conflito nas Organizações: Um Estudo de Caso*. In *Anais da ENANPAD*. Brasil: ANPAD, 1993, p.26.

11 VITALE, Ermanno. *Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales*. In FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p.267.

12 Conforme preceitua SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. Volume VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, pg.117.

Quando assim age o Estado/Município, o faz em nome também de sua **potestade**:

*Aquella situación de poder que habilita a su titular para inponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existente. Tal potestad tiene su origen siempre em una norma jurídica, que la atribuye al sujeto titular de ella.*<sup>14</sup>

Diferentemente dos direitos subjetivos dos particulares, que se fundam numa posição de poder que se dirige à satisfação de interesses dos próprios titulares, a potestade do Município revela-se como um verdadeiro poder fiduciário, i.é., *um poder cuyo beneficiário es una persona distinta a su titular, y que se confiere a éste para la protección de los intereses de terceros; por ello que las potestades son irrenunciables y su contenido inmodificable por la voluntad de su titular.*<sup>15</sup>

Diante deste cenário, importa agora avaliar se o instrumento utilizado pela municipalidade neste caso concreto observou os ditames jurídicos que lhes são próprios. Para tanto, aprecio primeiro o instrumento matricial utilizado e o procedimento que lhe deu causa e extinção, a saber, a licença edilícia.

#### **IV. DA LICENÇA EDILÍCIA, SEU TRATAMENTO ADMINISTRATIVO LOCAL E PARA O CASO CONCRETO:**

Como bem observa José Afonso da Silva<sup>16</sup>, os marcos normativos que tratam do direito de construir possuem duas naturezas distintas, a saber: de direito privado e de direito público. Os marcos normativos de direito privado estão postos pelas regras de direito civil – como o direito de vizinhança -, de competência da União Federal, enquanto que os de direito público consubstanciam os ordenamentos editados, dentre outras entidades federativas, pelas municipalidades, versando sobre questões urbanísticas, de circulação, de recuos, de investiduras, com fulcro em seu poder de polícia e potestade.

No âmbito da municipalidade, a doutrina especializada tem referido que a legislação urbanística tem duas funções proeminentes em termos de regramentos à ocupação do espaço urbano, a saber: (1) a que visa as construções isoladas e se propõe assegurar-lhes a plena correspondência às exigências higiênicas, estéticas, de incolumidade pública e idoneidade à função a cada qual se destina, o que comumente tem-se chamado de controle técnico-estético; (2) a que se propõe a realizar, no desenvolvimento das construções, a plena correspondência dos edifícios aos ditames dos planos locais integrados de ocupação do solo (Plano Diretor, por exemplo), capaz de fazer com que a zona de assentamento nasça, engrandeça ou se transforme de modo racional e em perfeita harmonia com a evolução dos serviços públicos – o que se tem chamado de controle urbanístico.<sup>17</sup>

---

13 Nos termos da dicção de FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.39.

14 PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pg. 394.

15 *Ibidem*, pg.395.

16 SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.387.

Numa outra perspectiva, o controle da construção no espaço urbano desenvolve-se em duas direções: (a) o estrutural, que diz respeito à obra propriamente dita, tomando por foco as construções isoladas; (b) o urbanístico, que diz respeito ao conjunto das construções da cidade.<sup>18</sup>

Nesta mesma obra, Hely faz outro esclarecimento que se afigura caro para a matéria dos presentes autos, qual seja o que se refere aos mecanismos jurídico-administrativos que viabilizam o controle de que estou falando, destacando dois em especial: (1) a autorização administrativa à construção, tida como permissividade precária do Poder Público à edificação de algo com caráter provisório, não assegurado definitivamente e revogável a qualquer tempo (como a permissão de edificação de um barraco para estacionamento de carros, ou outra atividade tolerada); (2) licença administrativa à construção, com caráter de maior definitividade, reconhecendo e consubstanciando um direito ao requerente, a partir de requisitos e exigências impostos por lei (o que ocorre na aprovação de projetos à construção de edifícios, por exemplo)<sup>19</sup>; daqui o seu caráter constitutivo de direito, eis que ela

*Dà inizio a tutta una attività di vigilanza da parte della stessa pubblica amministrazione, fissa dei precisi limiti entro i quali questo diritto deve esplicarsi sotto cominatoria di sanzioni non solo amministrative ma anche di natura penale.*<sup>20</sup>

Por óbvio que esta licença, enquanto espécie de ato administrativo que é, deve se circunscrever aos limites e termos do sistema jurídico a que pertence e está vinculada, neste caso, às normas edilícias vigentes nas esferas federativas competentes – a começar por aquelas existentes na municipalidade (Plano Diretor, Código de Obras, Código de Parcelamento do Solo Urbano, Código de Posturas, etc. ).

Assim, o que de imediato se impõe, é aferir quais são os elementos normativos que estão a delimitar as exigências de avaliação, aprovação e execução dos assentamentos urbanos na comuna, a partir do que se poderá definir quais os limites da concessão de licença à edificação deferida.

Veja-se que, no momento da aprovação do projeto em debate, (21.12.2000 – Portaria n. 670/2000 – fl. 48), estavam vigendo as seguintes normas atinentes às matérias discutidas no feito:

- (1) Tratando do subsolo das edificações, nos termos do artigo 22, inciso VII, da Lei Municipal n. 1033/91 (Plano Diretor), com a redação que lhe foi dada pela Lei Municipal n. 1664/99 (fl. 118), tem-se que:

*VII – Subsolo: Será permitido em todas as zonas 03 (três) pavimentos de subsolo, com no máximo 3,00m (três metros) de pé direito cada. Sendo seu uso exclusivo para garagem, casa de bombas, reservatório d'água, sub-estação, poço de elevador, medidores e caldeiras.*

*XI – As áreas edificadas como garagem, casa de bombas, reservatórios d'água, sub-estação, poço de elevador, medidores e caldeiras, desde que no subsolo serão computadas em 20% de aproveitamento em todas as zonas.*

---

17 Neste sentido o trabalho de TESTA, Virgilio. *Disciplina Urbanistica*. Milano: Giuffrè, 1994, p.249.

18 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1990, p.100.

19 *Ibdem*, pg.163.

20 SPADACCINI, Giuseppe. *Urbanistica, Edilizia, Espropriazione negli Ordinamenti Statale e Regionale*. Roma: Editrice Stamperia Nazionale, 1992, p.429.

- (2) No que tange ao tema do subteto e do sótão, temos as disposições do artigo 19º, inciso XIII, da Lei Municipal n. 1120/93, que alterou dispositivos da Lei Municipal n. 1033/91 (Plano Diretor, fls. 111-112):

*XIII – Sótão: Aproveitamento de área interna, sob o telhado principal da edificação, tendo como piso a laje de forro do último pavimento permitido. São condições básicas para o aproveitamento da utilização dos sótãos sob o telhado e somente serão permitidos quando: - não possuírem parada própria de elevador; - a altura máxima entre o ponto mais alto do telhado (cumeeira) e o piso do último pavimento permitido não pode ser superior a 8,50m (oito metros e cinquenta centímetros); - a altura máxima entre o piso do último pavimento permitido e o ponto de encontro entre o telhado e a prumada das paredes internas do prédio que compõe o perímetro da laje de forro do último pavimento, com exceção dos oitões principais, não seja superior a 3,15m (três metros e quinze centímetros); - a área utilizada não seja superior a 60% da área do último pavimento permitido para a Zona de Uso; - nenhuma parede, abertura, gaiútas, águas furtadas, oitões secundários, peitoris, terraços, piscinas descobertas, que não façam parte integrante dos oitões principais de telhados de duas águas, poderão ser executados a menos de 1,50m (um metro e cinquenta centímetros) das prumadas das paredes externas do último pavimento, não podendo ter inclinação superior à do telhado principal; - são permitidas execuções de terraços, varandas abertas e descobertas sobre a laje de ferro do último pavimento desde que se possa inscrever um círculo de diâmetro máximo de 3,00 (três metros) e na totalidade não ultrapassar em 40% (quarenta por cento) o comprimento correspondente à prumada das paredes do último pavimento.*

No particular, é de se destacar que a licença conferida ao impetrante não especifica qualquer particularidade da obra, e tampouco indica qualquer prazo de validade. Consta, tão somente, a indicação de que ... *concede ao Senhor João Carlos Franco Cunha e Outros a necessária autorização para construir um prédio residencial em alvenaria com 9.336,66m<sup>2</sup> área, uma vez observadas as leis e os Regulamentos em vigor.*

De outra parte, não há qualquer dispositivo específico nas Leis Municipais trazidas aos autos (n. 1033/91 – Plano Diretor; 1120/93; 1664/99; 1693/99 e 1793/2001) quanto ao prazo de validade das Portarias – autorizações e licenças – para construir, no caso de inexistir alteração no Plano Diretor.

A única disposição a respeito de tal matéria refere-se ao prazo de validade desta autorização, se tiver ocorrido alteração no Plano Diretor, consoante a norma inscrita na Lei Municipal n. 1033/91 (Plano Diretor), artigo 5º (fl. 73), a saber:

*Artigo 5º: Os prazos de validade das aprovações de projetos, e de estudos de viabilidade, ou ainda da apresentação de projeto definitivo, serão: A) 90 (noventa) dias para os estudos de viabilidade aprovados anteriormente a esta Lei e em desacordo com a mesma serem aprovados como projetos definitivos; B) 180 (cento e oitenta) dias para todos os projetos aprovados anteriormente e em desacordo com a presente Lei, inclusive do item “A” possuírem as suas fundações totalmente concluídas.*

Já quanto ao desenvolvimento da obra, deve-se levar em consideração as seguintes situações:

- (1) a licença é concedida em 21.12.2000 (fl. 48), enquanto a alteração operada no Plano Diretor ocorre com a edição da Lei Municipal n. 1793/2001, ocorrida em 08.01.2001 (fl. 126);

- (2) a sondagem penetrométrica no terreno é realizada durante o mês de janeiro de 2001 (fls. 133-148), tendo sido apresentado o laudo final, nominado de *Sondagem de Reconhecimento de Solo para Fundações*, em 30.01.2001;
- (3) o prazo para conclusão da obra, a partir do *Contrato de Empreitada de Mão de Obra*, firmado entre o impetrante e a empresa Roloff Construções e Incorporações Ltda (fls. 149-155), é de oito meses (cláusula Sétima – fl. 150), a partir da data do contrato (09.02.2001); nesta mesma data é firmado contrato de prestação de serviços entre o impetrante e a empresa Terraplenagem Cavallin Ltda, para realização de terraplenagem no terreno (fls. 152-153); e, em 15.02.2001, é realizado novo pacto para realização de terraplenagem com a empresa Bazzan Terraplenagem Escavação Ltda (fls. 154-155);
- (4) o Auto de Intimação n. 436 (fl. 60), que determina ao impetrante a regularização do Projeto, diante do cancelamento de sua aprovação, por sua vez, é lavrado em 11.01.2002. De igual sorte, a comunicação enviada ao impetrante pelo Sr. Secretário Municipal de Planejamento e Urbanismo (fl. 61), encontra-se datada de 10.01.2002. Consta, à fl. 62, laudo de Vistoria de Obra, datado de 06.11.2001, dando conta de que as fundações e vigas de baldrame dos Blocos “A” e “B” da obra não se encontram concluídas.
- (5) Não há qualquer indicação nos autos de que a obra vem sendo executada normalmente, a despeito da afirmação do impetrante à fl. 41, de que *As obras em questão vêm se desenvolvendo regularmente...*, seja porque o contrato de empreitada de fls. 149-155, em sua cláusula sétima, estabeleça em oito meses o prazo para a conclusão da obra, a partir de fevereiro de 2001; seja porque a vistoria oficial de fl. 62 constatou a ausência de conclusão das fundações da obra; e, ainda, as fotografias (fls. 158-164) apresentadas pelo próprio impetrante (que se presumem contemporâneas ao ajuizamento da ação, ocorrido em janeiro de 2002), apresentam os edifícios em fase inicial de construção. E o auto de embargo n. 100 (fl. 175), lavrado em 24.01.2002, indica que a obra encontra-se na fase das fundações. De qualquer sorten, não há qualquer informação acerca do prosseguimento da obra após a realização do embargo, em 24.01.2002.

Por fim, a Lei n. 1793/2001 foi editada em 08.01.2001, realizando alterações no Plano Diretor do Município no que se refere à disciplina jurídica do subsolo e do sub-teto ou sótão nas edificações. As modificações são, cotejadamente, as seguintes:

## **I. Subsolo:**

(1) *DISCIPLINA JURÍDICA ANTERIOR*: artigo 22, inciso VII, da Lei Municipal n. 1033/91 (Plano Diretor), com a redação que lhe foi dada pela Lei Municipal n. 1664/99 (fl. 118):

VII – Subsolo: *Será permitido em todas as zonas 03 (três) pavimentos de subsolo, com no máximo 3,00m (três metros) de pé direito cada. Sendo seu uso exclusivo para garagem, casa de bombas, reservatório d'água, sub-estação, poço de elevador, medidores e caldeiras.*

XI – *As áreas edificadas como garagem, casa de bombas, reservatórios d'água, sub-estação, poço de elevador, medidores e caldeiras, desde que no subsolo serão computadas em 20% de aproveitamento em todas as zonas.*

(2) *DISCIPLINA JURÍDICA ATUAL*: artigo 1º, da Lei Municipal n. 1793/2001 (fl. 124):

Artigo 1º - *Serão permitidas sem exceção, em todas as Zonas de Uso que compõe a lei do Plano Diretor da Cidade, somente um pavimento de construção considerado subsolo.*

§ 2º - *As áreas dos subsolos serão computadas em 100% no cálculo do índice de aproveitamento e em 50%, para os prédios plurifamiliares, somente se atenderem às seguintes condições:* - *destinarem-se a garagens e atenderem o número de boxes de estacionamento exigidos;*- *destinarem-se às instalações, equipamentos e a dependências de serviços necessários ao funcionamento e zeladoria do prédio.*

## II. Subteto ou sótão

(1) *DISCIPLINA JURÍDICA ANTERIOR:* artigo 19º, inciso XIII, da Lei Municipal n. 1120/93, que alterou dispositivos da Lei Municipal n. 1033/91 (Plano Diretor)(fls. 111-112):

XIII – Sótão: Aproveitamento de área interna, sob o telhado principal da edificação, tendo como piso a laje de forro do último pavimento permitido. São condições básicas para o aproveitamento da utilização dos sótãos sob o telhado e somente serão permitidos quando: - não possuírem parada própria de elevador;- a altura máxima entre o ponto mais alto do telhado (cumeeira) e o piso do último pavimento permitido não pode ser superior a 8,50m (oito metros e cinquenta centímetros); - a altura máxima entre o piso do último pavimento permitido e o ponto de encontro entre o telhado e a prumada das paredes internas do prédio que compõe o perímetro da laje de forro do último pavimento, com exceção dos oitões principais, não seja superior a 3,15m (três metros e quinze centímetros); - a área utilizada não seja superior a 60% da área do último pavimento permitido para a Zona de Uso; - nenhuma parede, abertura, gaiútas, águas furçadas, oitões secundários, peitoris, terraços, piscinas descobertas, que não façam parte integrante dos oitões principais de telhados de duas águas, poderão ser executados a menos de 1,50m (um metro e cinquenta centímetros) das prumadas das paredes externas do último pavimento, não podendo ter inclinação superior à do telhado principal; - são permitidas execuções de terraços, varandas abertas e descobertas sobre a laje de ferro do último pavimento desde que se possa inscrever um círculo de diâmetro máximo de 3,00 (três metros) e na totalidade não ultrapassar em 40% (quarenta por cento) o comprimento correspondente à prumada das paredes do último pavimento.

(2) *DISCIPLINA JURÍDICA ATUAL:* artigo 2º, da Lei Municipal n. 1793/2001 (fl. 125):

Artigo 2º - *Será permitido o aproveitamento da área interna sob o telhado principal das edificações (sótão) em, no máximo, 75% da área do último pavimento, desde que respeitados os recuos e demais itens do artigo 22, inciso XIII, da Lei n. 1120/93 e sua área de utilização seja computada em 100% do índice de aproveitamento da construção.*

*I. será permitido o atendimento do sótão com elevador, somente se a torre deste, conjuntamente com a case de máquinas, não ultrapassar a altura da cumeeira;*

*II. a utilização do sótão por unidades habitacionais individuais ou autônomas, ou vinculadas às unidades do último pavimento permitido, somente*

*serão possíveis se estiverem permitidas pelo cômputo de Densidade Territorial exigida para a Zona de Uso em questão.*

Desta forma, a irrisignação do impetrante reside na impossibilidade de construção dos dois pavimentos de subsolo, e a alteração nos índices de aproveitamento tanto do subsolo (majorados de 20% para 50%), quanto do sótão (antes inexistente, e atualmente de 100%).

Consoante já explicitado anteriormente, quando a Lei n. 1793/2001 foi editada (em 08.01.2001), a obra ainda não havia sido iniciada, encontrando-se em curso a sondagem de reconhecimento de solo para fundações, cujo laudo (fls. 134-148) somente foi concluído em 30.01.2001, após as alterações operadas no Plano Diretor. Significa dizer que, quando do embargo da obra (auto de fl. 175), esta encontrava-se na fase de instalação de suas fundações.

Assim, considerando-se que a obra encontrava-se ainda em fase de instalação de fundações quando ocorreu o seu embargo, verifica-se que as irregularidades apontadas pelas autoridades municipais (desconformidades no subsolo e no sótão com a nova disciplina jurídica instaurada pela Lei Municipal n. 1793/2001), ainda não se haviam concretizado. Ao lado disto, também como se referiu, não há qualquer informação nos autos acerca de eventual progresso na construção.

Já no que se refere a eventual adequação do projeto originalmente aprovado aos ditames da nova Lei, nos termos do artigo 5º, do Plano Diretor (fl. 73), observa-se ter decorrido prazo superior ao legalmente estabelecido (90 e 180 dias, respectivamente, sem ou com conclusão das fundações), sem que qualquer providência tenha sido tomada pelo impetrante no sentido da regularização da obra.

A partir destas considerações, cumpre avaliar, por oportuno, que bens jurídicos estão efetivamente demarcados e conflitantes no particular deste caso concreto, verificando-se as implicações decorrentes deles à ordem pública e para o interesse privado.

No que se refere aos alegados prejuízos decorrentes do cumprimento ou não das novas disposições incluídas no Plano Diretor, impõe-se a análise de algumas particularidades:

(1) A única prova material que o impetrante traz à colação no feito é a de que não observa a Administração Pública às garantias constitucionais e fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal no procedimento que redundou à cassação da licença para construir, atingindo o direito adquirido que ele possuía para edificar o prédio. Em face disto, pondera, de forma especulativa, o risco de vir a sofrer prejuízos financeiros com a paralisação da obra - a qual estaria se desenvolvendo regularmente - tanto em face da decomposição dos materiais utilizados na construção, como em razão de eventuais quebras dos contratos firmados com terceiros (empreiteiras e fornecedores), aduzindo ainda a possibilidade de prejuízos junto a uma pontencial clientela: *.. posto que o simples fato de paralisação da obra, por embargo administrativo, já contém forte carga depreciadora em todo investimento...*

(2) Na perspectiva da Fazenda Pública, as alterações que advieram com o novo Plano Diretor se justificam tecnicamente, em tese, tanto para o bem estar e equilibrada ocupação humana do espaço edificado, como também por levar em conta critérios de segurança e habitabilidade, depurados com o tempo e a experiência acumulada neste setor, questões nucleares na compreensão da função social da cidade e da propriedade urbana – referidos alhures.

(3) Por fim, é de ser ressaltado, novamente, que não há qualquer comprovação de que a obra prosseguiu. O que se tem de certo, nos presentes autos, é que decorrido lapso temporal superior a um ano, desde a concessão da licença, os edifícios sequer

havia saído de suas fundações, e este ônus probatório, smj, é do impetrante que, em meu sentir, não o cumpre. Aliás, frise-se, inexistente qualquer óbice à continuação da obra, haja vista que o deferimento da medida liminar requerida pelo impetrante (fls. 169-170):

*... determinando sejam sustados os efeitos da intimação administrativa para paralisação das obras, bem como do noticiado 'cancelamento do projeto', ou qualquer ato administrativo que importe em empeço para o impetrante prosseguir com a fiel execução do projeto aprovado, até o julgamento do mérito (fl. 169), tendo sido confirmada a antecipação de tutela diante da concessão do mandamus (sentença de fls. 268-270).*

Também não merece acolhida o argumento dos impetrantes de que a lei municipal violou o princípio do direito adquirido em face da compra do terreno em que a obra está sendo construída, oportunidade em que não havia nenhuma restrição legal para nele ser edificado prédios residenciais ou comerciais. Ocorre que, com efeito, se os impetrantes adquiriram o mencionado lote com o propósito de nele erguer edifício composto de unidades, como afirmam, mas não o fizeram no tempo em que vigiam os permissivos explicitados pela licença adquirida, os direitos que possuíam, em verdade, até o advento das novas regras urbanísticas editadas pelo Plano Diretor, afiguraram-se como mera expectativa de direito, não havendo falar-se em direito adquirido após editadas as novas normas com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, artigo 182, caput), até porque, conforme demonstram os documentos acostados aos autos, não se sabe sequer se as fundações foram concluídas, deixando de se perfectibilizar o ato edilício licenciado.

Considerando que os argumentos tangenciados pelas partes versam sobre o direito adquirido que cada uma tem em agir da forma como agem, vale destacá-lo em termos de abordagem temática específica, o que passo a fazer.

## **V. O PROBLEMA DA CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO NO CASO CONCRETO:**

Podemos dizer que a proteção do direito adquirido se reveste, no Direito brasileiro, de caráter constitucional, desde os primórdios da República<sup>21</sup>, chegando até ao art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, assegurando ele que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Em termos de legislação ordinária, tem-se sua previsão estatuída nos precisos termos do art. 6º, § 2º, da LICC, com a redação que lhe deu a Lei 3.238, de 01.08.57, de acordo com a qual: *Consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.*

Ao longo do tempo e da história, entenderam a doutrina e a jurisprudência, interpretando o texto legal e em regra geral, que direito adquirido não é tão-somente aquele que, preenchidos todos os requisitos legais, já tenha sido integrado no patrimônio do seu titular, mas, ainda, aquele que depende de termo suspensivo ou de condição inalterável a arbítrio de outrem. A determinação constitucional e a vontade do legislador tiveram em mira impedir que a lei nova - que tem efeito imediato e geral (art. 6º, caput, da Lei

21 Conforme REALE, Miguel. *Teoria do Estado e do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.87.

de Introdução) - pudesse afetar o direito condicional, cujas conseqüências jurídicas independiam da atuação das partes<sup>22</sup>.

Nesta direção, Clóvis Beviláqua assim tratou do instituto:

*O princípio da não retroatividade é, antes de tudo, um preceito de política jurídica. O direito existente deve ser respeitado tanto quanto a sua persistência não sirva de embaraço aos fins culturais da sociedade, que a lei pretende satisfazer. Como pondera Kohler: “toda a nossa cultura exige uma certa firmeza de relações, sem o que seríamos lançados nos braços da dissolução, todo o nosso impulso, para estabelecer a ordem jurídica e nele viver, repousa na consideração de que as nossas criações jurídicas têm de perdurar”. Por isso, foi bem inspirado o legislador brasileiro, inscrevendo o princípio da não retroatividade na CF.<sup>23</sup>*

O entendimento dominante, a partir daqui, passou, pois, a ser no sentido de não poder a lei nova afetar o direito condicional ou dependente de termo, pois a realização da condição, ou o fato de ter fluído o prazo, faria com que o direito fosse considerado real e efetivo desde o momento em que surgiu, mesmo com caráter condicional ou sujeito a prazo. Na verdade, nesta abordagem está também contemplado o tema da fideiússão dos sujeitos de direito às regras de civilidade e obrigações que regem suas vidas cotidianas, não podendo ser surpreendidos pelo Estado ou pela Lei. Como quer Jossierand:

*En somme, si la distinction des droits acquis et des expectatives est malléable et flottante, elle est susceptible de rendre de grands services pour l'application de l'art. 2, Sur tou si ou l'éclaire à l'aide de cette idée que le législateur ne doit pas tromper la confiance que les particuliers avaient placée en lui.<sup>24</sup>*

Embora a complexidade da matéria, há certa unanimidade em significar o instituto como o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, o que passou a pertencer a alguém e que merece a proteção jurídica contra qualquer oposição de terceiros. Existe uma lei vigente ao tempo em que se adquiriu um bem ou uma vantagem, a qual dá garantia e proteção ao que incrustou no patrimônio da pessoa, não podendo ser alterado quando entra em vigor uma lei nova, dispondo o contrário daquilo que antes vinha disciplinado ou regulamentado<sup>25</sup>.

Em síntese apertada, pode-ser dizer com Serpa Lopes que são os seguintes elementos que compõem a estrutura geral do direito adquirido: o surgimento de um fato idôneo ou jurídico; a existência de uma lei que lhe dá a envergadura jurídica; a integração ao patrimônio material ou moral do sujeito; a prevalência ante o aparecimento de lei nova, dispondo diversamente sobre o mesmo assunto, ainda que não se fez valer quando do advento da lei nova<sup>26</sup>.

---

22 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Vol.V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.116.

23 BENVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929, p. 21.

24 JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français*. Tomo. I. Paris: Sirey, 1970, p.53.

25 É muito festejada a expressão de Benviláqua neste sentido: *Em rigor, tudo se reduz ao respeito assegurado aos direitos adquiridos; mas, como, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada, aproveitam-se momentos distintos, aspectos particulares do direito adquirido, foi de vantagem, para esclarecimentos da doutrina, que se destacassem esses casos particulares e deles se desse a justa noção. O que se deve dizer é que o direito adquirido, de que aqui se, trata, é o direito incorporado ao patrimônio do indivíduo; e que o princípio da não-retroatividade é um princípio de proteção individual*. Op.cit., p.19.

Um tema correlato e tão importante quanto este, é o que diz respeito à extensão do direito adquirido no sistema jurídico como um todo, em especial diante da norma constitucional, i.é., qual a forma de integração que há entre direito adquirido e norma constitucional existente e – no caso avaliado – superveniente.

Sob tal perspectiva, em sede de ordem constitucional, tem-se entendido que o direito adquirido diz, notadamente, com as leis ordinárias e não com a Constituição Federal, eis que esta incide imediatamente por força de sua própria natureza e em vista da posição hierárquica que ocupa, de outro lado, a unidade de tratamento legal no que diz com as principais questões da nação exige a supremacia da ordem constitucional<sup>27</sup>.

Neste sentido, pode-se sustentar que não há direito adquirido para que seja aplicada uma lei considerada inconstitucional. E se a lei somente vem a ser tida como inconstitucional posteriormente? Mesmo assim, não se forma o direito adquirido. As situações criadas ou erigidas quando ainda valia a lei não ficam resguardadas contra a inconstitucionalidade: é que a declaração de inconstitucionalidade opera *ex tunc*, com a nulidade de pleno direito de todos os atos praticados sob o manto do texto inconstitucional.

Com a lição de Alfredo Buzaid:

*A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não constitutiva. A nulidade fere-a ab initio. Embora executória até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, a sentença retrogerou os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, ex tunc. O Poder Judiciário não modifica o estado da lei, considerando nulo o que unicamente era válido. Limita-se a declarar a invalidade da lei, isto é, declarara natimorta. Os atos administrativos praticados com base em tal lei poderão ser desfeitos porque restaram sem o amparo que os determinou.*<sup>28</sup>

Conclui-se com facilidade que a norma constitucional, se não pode violar o direito adquirido – nos termos em que aqui é enfocado -, pode regular toda e qualquer matéria atinente às competências que versa, respeitadas as formas regulamentares para tanto, o que acontece, em especial, com o tema do Direito Urbanístico, cujos princípios ordenadores estão dados pela Carta Magna – vistos anteriormente -, e especializados pelas diretivas locais.

De qualquer sorte, ainda em nível de direito adquirido, tenho que, à sua configuração definitiva, não basta que haja um direito assegurando determinada vantagem em certa época. O sujeito de direito deve adquirir o direito, ou se encontrar vivendo já uma situação jurídica, para mantê-la quando do surgimento da lei nova e não perder a vantagem.

Por outras palavras, se a pessoa não começou a exercer o direito, não possui direito adquirido. Tem apenas uma faculdade, uma capacidade não exercida.

Vale a pena citar passagem do voto do eminente desembargador Tael João Selistre, nos EI 70002681013, pg.15:

---

26 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol.I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p.81.

27 Conforme FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

28 Apud de DELGADO, José Augusto. *Direito Adquirido nas Relações de Direito Privado e nas Relações de Direito Público*. In *Jurisprudência Brasileira*, nº 101, Juruá Editora, Curitiba, 1985, p. 24.

*“Não existe qualquer possibilidade de se contornar esse problema. Seja com a alegação de direito adquirido, que não existe no caso, como já salientado, mesmo porque o pretendido direito sequer foi exercido, eis que o pagamento não ocorreu, além de ele não poder ser cogitado na relação estatutária, eis que, como sabido, vantagens e benefícios concedidos podem ser posteriormente suprimidos; seja com a de violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, igualmente não configurado no caso, já que se trata, apenas, de não pagamento de um reajuste predeterminado, que sequer foi pago, e não de qualquer redução de vencimentos”.*

Mesmo em nível de orientações jurisprudenciais, tem-se que a expectativa de direito é algo que antecede à sua aquisição; não pode ser posterior a esta. Uma coisa é a aquisição do direito; outra, diversa, é o seu uso ou exercício. Não podem as duas ser confundidas.<sup>29</sup>

Ora, salvo melhor juízo, o impetrante jamais teve incorporado ao seu patrimônio jurídico (da obra que sequer saiu das fundações), os parâmetros edilícios outorgados matricialmente e anteriores ao novo Plano Diretor, que os reviu. Estas novas normas, segundo Gabba, por dizerem respeito a interesses públicos de gênero indisponível, aplicam-se imediatamente, notadamente as dispostas por comandos constitucionais, e os correspondentes direitos e deveres dos indivíduos mudam-se e modificam-se imediatamente em virtude daquelas leis.<sup>30</sup>

Em face do novo Plano Diretor, respeitado o princípio da legalidade, não tem outro comportamento a tomar a Administração Pública local, senão a de revisar os atos praticados e exarados, no particular, a licença urbanística concedida, naquelas disposições ainda não consolidadas materialmente junto ao patrimônio jurídico do impetrante.

A advertência de Miguel Seabra Fagundes, aqui, é pertinente, quando lembra:

*A administração pública não é livre em resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre o seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos. E, com base neles, praticar o ato. Escusando-se a praticá-lo, no tempo e com o objetivo determinado, viola a lei.<sup>31</sup>*

Por tais razões é que Município, aqui, pode rever (anular ou revogar) seus próprios atos quando eivados de vícios – mesmo supervenientes -, que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos.

Sob o aspecto da regularidade política e moral do ato praticado pela Administração, é ainda Limongi França que lembra o fato de que

*Nenhuma pessoa pode ter direitos irrevogavelmente adquiridos contra uma lei de ordem pública’, não se devendo manter ‘o que perturba a ordem, ou ofende os bons costumes, visto que não pode haver direitos adquiridos contra a maior felicidade dos Estados’. Os direitos adquiridos particulares devem ceder lugar, submetendo-se aos interesses de ordem geral, aos interesses de ordem pública, com os quais não podem entrar em conflito, porque estes preponderam e têm supremacia.<sup>32</sup>*

---

29 Ver o Mandado de Segurança nº 250.920, do Pleno do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 20.10.76, em Jurisprudência Brasileira, nº 83, Juruá Editora, Curitiba, 1984, p. 264.

30 GABBA, L. *Retroattività delle Legge*. Torino: Dellapiacce, 1987, p.212.

31 FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 41.

Ademais, em face da complexidade do tema envolvido, tenho que a discussão sobre se a lei superveniente (Plano Diretor) alcança ou não todos os direitos subjetivos e públicos tratados nesta lide, assim como se o projeto urbanístico da construção está bem ou mal elaborado, são questões que não podem ser exaustivamente dirimidas pela via estreita do *mandamus*, matéria que passo a analisar.

## VI. SOBRE OS LIMITES DO MANDADO DE SEGURANÇA AO EXAURIMENTO DAS PRETENSÕES DEDUZIDAS:

Como bem lembra Caio Mário da Silva Velloso<sup>33</sup>, nos primórdios do mandado de segurança chegou-se a entender que direito líquido e certo fosse aquele que não demandasse maiores considerações, ou que não ensejasse dúvida, sob o ponto de vista jurídico, o que não oferecesse complexidade, de fácil interpretação, o 'direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano sem detido exame, nem laboriosas cogitações'.

Por tais fundamentos, tem-se dito recorrentemente que a essência do mandado de segurança está no direito líquido e certo que visa assegurar. Todavia, conceituar direito líquido e certo tem sido uma tarefa árdua que a doutrina e a jurisprudência pátria tem levado à cabo<sup>34</sup>.

O art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal refere expressamente que conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Ainda com a lição de Barbi:

*a expressão direito líquido e certo não foi criada pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário. Limitaram-se eles a buscá-la na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde a introduzira Pedro Lessa, ao tempo da formulação da doutrina brasileira do habeas corpus, e para aplicação a este.*<sup>35</sup>

Outra não é a observação de Themístocles Brandão Cavalcanti:

*PEDRO LESSA foi quem introduziu a expressão certo, líquido e incontestável, nos julgados do Supremo Tribunal, e, apesar das críticas feitas, exprimia, com precisão, salvo o rigor da técnica das expressões usadas, as exigências dos juízes daquele Tribunal para que se pudesse ampliar o conceito clássico de habeas corpus a outros direitos que não os concernentes à liberdade física.*<sup>36</sup>

---

32 FRANÇA, R. Limongi. *Direito Intertemporal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 477 a 482.

33 VELLOSO, Caio Mário da Silva. *O Mandado de Segurança*. In Revista *Ajuris*, vol.21, Porto Alegre: *Ajuris*, 1984, pg.74.

34 Daí dizer BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 57, que o conceito de direito líquido e certo é a pedra de toque, a chave de abóbada de todo o edifício.

35 Op.cit., pg.61.

De igual forma, em obra clássica, Castro Nunes assevera que as origens da locução mostram que se trata de um critério jurisprudencial, justificado pelas necessidades da adaptação do habeas corpus, na extensão dada a esse instituto pela antiga jurisprudência<sup>37</sup>.

Mais tarde, Alfredo Buzaid, fazendo uma crítica ao conceito relativista de Castro Nunes a este ponto, refere que *o que, a nosso ver, esclarece o conceito de direito líquido e certo é a idéia de sua incontestabilidade, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou de abuso de direito.*<sup>38</sup> Tal conceituação, ao meu sentir, não exaustiva aos fins que se pretende, como bem acentua Maciel, *pois parte de elemento puramente subjetivo. O que seria uma “afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública”? É o juiz que fará a avaliação da seriedade como se fosse a autoridade coatora? Claro que não.*<sup>39</sup>

Já Sérgio Ferraz busca conceituar separadamente os adjetivos líquido e certo: *Diremos que líquido será o direito que se apresente com alto grau, em tese, de plausibilidade; e certo aquele que se oferece configurado preferencialmente de plano, documentalmente sempre, sem recurso a dilações probatórias.*<sup>40</sup>

O aspecto da exigência da plausibilidade e da relevância do documento aqui, salvo melhor juízo, parece exacerbado também, merecendo a flexibilização necessária do interesse que está se protegendo, por óbvio sem descurar da cognição necessária ao convencimento jurisdicional.

De qualquer sorte, o conceito de direito líquido e certo vem sendo consolidado no tempo também pela casuística, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, em alguns arestos passados, tem consolidado a tese de que a expressão está ligada à prova pré-constituída da pretensão deduzida; a fatos documentalmente provados com a inicial. Vejamos alguns:

*Deixa de ser líquido e certo o direito do impetrante, se demanda de provas para sua verificação. Improriedade do mandado de segurança, nesse caso (RMS 1.548, Min. MÁRIO GUIMARÃES, DJU de 19.05.1952, p. 2276).*

*Retificação de limites do território do novo Município. Questões de alta indagação(33), insusceptíveis de apreciação em mandado de segurança. Recurso desprovido (Ementa do RMS 4.953-RS, Min. BARROS MONTEIRO, DJU de 02.05.1958).*

*Mandado de segurança. Denegação, desde que não se demonstra direito líquido e certo, tanto assim que, ainda nas razões de recurso, o impetrante oferece novos documentos e pede a requisição de outros, o que não se concilia com a índole daquele remédio sumaríssimo. Recurso não provido (RMS 2.484, Min. LUÍS GALLOTTI, julgamento em 06.04.1955).*

---

36 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. Vol. III. Rio de Janeiro : Konfino, 1949, p. 208.

37 NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e outros meios de defesa do direito contra actos do poder público*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937, p. 55.

38 BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. Vol. I. São Paulo:Saraiva, 1989, pp. 85 e seg.

39 MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de Segurança e o direito líquido e certo*. In São Paulo: Revista de Estudos Tributários, nº 3 - SET/OUT de 1998, pág. 5.

40 FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) - aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 24.

*Mandado de segurança. Não-cabimento, se a matéria a ser decidida envolve questões de fato, sujeitas a árduos meios de prova e exame incompatíveis com o requisito de liquidez e certeza do direito (RMS 2.954, Min. LUÍS GALLOTTI, julgamento em 08.03.1955).*

*Mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo. Questões de fato a serem apuradas. Nega-se a segurança (RMS 3.079, Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, julgamento em 04.04.1956).*

Nesta direção, estou defendendo que, em sede de Mandado de Segurança, não se pode admitir que o impetrante ingresse em juízo para fazer, no curso sumaríssimo que caracteriza este instrumento, em que não há dilação, a prova das suas alegações, que na verdade deve ser preconstituída e sempre documental. Significa dizer que a prova há de ser documental e os documentos comprobatórios do fato não podem padecer de dúvida, isto porque, se forem impugnados de falsos, por exemplo, não seria possível a instauração do incidente de falsidade.

Notadamente quando está em jogo o enfrentamento de regramentos normativos urbanísticos, de fonte constitucional e por isto umbilicalmente vinculadas a interesses de natureza pública indisponível, aí sim, a prova preconstituída que demanda o Mandado de Segurança deve restar hígida e exauriente para os fins da pretensão declinada, o que não ocorre, data vênia o eminente relator, na espécie, ao menos em toda a extensão perquirida na exordial e consubstanciada na decisão vergastada.

Mais especificamente estou a dizer que, na via do Mandado de Segurança proposto, só é possível aferir com segurança que houve irregularidade no processo administrativo de cancelamento do projeto da obra sob comento e da revogação da licença para construir, pois violador de garantias processuais constitucionais vigentes, porém, não há elementos probatórios suficientes para anular a determinação do Poder Público para que as obras fossem **suspensas**, o que não se confunde com definitivamente interrompidas, até regularização do projeto nos termos das novas regras edilícias, eis que medida preventiva de mais ônus tanto ao impetrante como à ordem e segurança públicas, isto porque restaram silentes respostas suficientemente claras quanto a relação entre o estágio de construção da obra quando da entrada em vigor do novo Plano Diretor, e os atos e fatos administrativos decorrentes daí.

Veja-se que, considerando o estágio embrionário da obra até hoje – pelo menos em face das informações precárias dos autos -, qualquer questão que envolva prejuízos materiais ao impetrante decorrentes da suspensão da obra, devem ser resolvidas na esfera própria, não se confundindo ou superando o interesse público de toda a comunidade em ter um desenvolvimento urbano equilibrado e sustentável.

## VII. – DO DISPOSITIVO:

Por todo o expedido, entendi que o apelo deveria ser parcialmente provido, para os fins de reformar a decisão de primeiro grau, no sentido de anular tão-somente o cancelamento do projeto edilício debatido e a revogação da licença para construir, porque não observados os direitos e garantias processuais do impetrante, mantendo-se hígida a determinação de suspensão da obra.

## VII – BIBLIOGRAFIA:

- ARONE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AZEVEDO, Filadelfo. *Destinação do imóvel*. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 1957.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- BENVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- BENVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.
- BRANCA, Giuseppe. *Della Proprietà* (arts. 957-1099) .Bolonha: Zanichelli, 1957.
- BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. Vol. I. São Paulo:Saraiva, 1989.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *Verbete Encravamento*, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsóii, s/d, vol. XX, pp. 197-205.
- CARVALHO, Carlos. *Objetivos Versus Conflito nas Organizações: Um Estudo de Caso*. In *Anais da ENANPAD*. Brasil: ANPAD, 1993.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. Vol. III. Rio de Janeiro : Konfino, 1949.
- DANTAS, Santiago. *O Conflito de Vizinhaça e sua Composição*. Rio de Janeiro: Globo, 1939.
- DELGADO, José Augusto. *Direito Adquirido nas Relações de Direito Privado e nas Relações de Direito Público*. In *Jurisprudência Brasileira*, nº 101, Juruá Editora, Curitiba, 1985.
- DI LORENZO, Italo. *Diritto Urbanistico*. Turim: UTET, 1998.
- FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) - aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FRANÇA, R. Limongi. *Direito Intertemporal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- GABBA, L. *Retroattività delle Legge*. Torino: Dellapiacce, 1987.
- GANDOLFO, Orlando Carlos. *Limitações da propriedade*. In *Revista dos Tribunais*, vol.421. São Paulo: RT, 1970.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Limonad, 1956, XII, I.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1987.

- JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français*. Tomo. I. Paris: Sirey, 1970.
- LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LEFÈBVRE, Henry. *The production of space*. London: Blackwell, 1992.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de Segurança e o direito líquido e certo*. In São Paulo: Revista de Estudos Tributários, nº 3 - SET/OUT de 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Vol.V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e outros meios de defesa do direito contra actos do poder público*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937.
- OLIVIER, Claude Yaniv. *L'Etat Communicant*. Paris: Dalloz, 2000.
- PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.
- REALE, Miguel. *Teoria do Estado e do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol.I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- . *Curso de Direito Civil*. Volume VI. Rio de Janeiro: Freitas astos, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SPADACCINI, Giuseppe. *Urbanistica, Edilizia, Espropriazione negli Ordinamenti Statale e Regionale*. Roma: Editrice Stamperia Nazionale, 1992.
- TESTA, Virgílio. *Disciplina Urbanistica*. Milano: Giuffrè, 1994.
- VELLOSO, Caio Mário da Silva. *O Mandado de Segurança*. In Revista Ajuris, vol.21, Porto Alegre: Ajuris, 1984.
- VITALE, Ermanno. *Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales*. In FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.