

PARECERES

IRREVOGABILIDADE DA APROVAÇÃO REGULAR DE LOTEAMENTO, QUE CONSTITUI DIREITO ADQUIRIDO — CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA*

— Irrevogabilidade da aprovação regular de loteamento, que constitui direito adquirido insuscetível de ser desconstituído por legislação superveniente. Caracterização de direito líquido e certo violado por ato inconstitucional e ilegal, justificando a concessão de mandado de segurança.

PARECER

Solicitado por SECAF — Sociedade de Empreendimentos Turísticos Cabo Frio Ltda., por intermédio do seu eminente advogado Dr. Alvaro Leite Guimarães, e apresentado por Arnaldo Wald.

A aprovação de loteamento pela autoridade competente equipara-se à licença de construção, pois ambos integram, no patrimônio do proprietário do solo, um direito novo, que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se considera adquirido com o início das obras, não podendo ser atingido por legislação superveniente.

A revogação do ato administrativo não pode ferir o direito adquirido (Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal).

A Constituição de 1988, ao fixar uma política de proteção à ecologia, não afetou o direito de propriedade e só estabeleceu limitações, ao mesmo, para vigorarem no futuro, não justificando a desapropriação branca ou indireta de loteamento, com obras

realizadas e cerca da metade dos lotes vendidos.

A interpretação da lei deve ser sistemática e somente mediante desapropriação, com pagamento prévio da indenização, pode o estado inviabilizar a exploração do loteamento.

* * *

“L'autorité n'a pas davantage le droit de modifier une autorisation touchant à la police du bâtiment donnée par elle, après que le propriétaire a commencé de bâtir” (Fritz Fieiner, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Paris, 1933, p. 127).

* * *

“Além do mais, a administração é um sistema de segurança e não pode, de modo algum, estar afirmando e negando, concedendo e cassando a todo momento favores ou

* Ver, sobre a questão, acórdão do Superior Tribunal de Justiça, neste número, p. 289.

benefícios" (Ministro Cândido Mota, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 49, p. 231).

* * *

"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 integraram no patrimônio jurídico de seus destinatários.

(...)

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" (Caio Tácito, *in Revista de Direito Administrativo*, 114/469 e 470).

* * *

"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" (voto do Ministro Moreira Alves, proferido no acórdão do RE nº 85.002-SP).

* * *

"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" (voto do Ministro Cordeiro Guerra, proferido no acórdão do RE nº 85.002-SP).

1. Das questões suscitadas

1. A consulente impetrou mandado de segurança contra o ato do Secretário de Estado de Obras e Meio Ambiente do Estado do Rio de Janeiro que, sob o disfarce de interdição do loteamento, revogou de fato a aprovação do mesmo, tornando inviável o seu prosseguimento.

2. A prova dos fatos alegados foi feita de modo claro e inofismável, pois as informações da Feema esclarecem que o projeto de loteamento da impetrante, embora devida e regularmente aprovado, pelas autoridades competentes, na forma da lei então vigente, se tornara impossível "por implicar a destruição da vegetação protegida por lei", alegando-se que se justificam a interdição e a revogação da aprovação do projeto em virtude de legislação superveniente.

3. A petição inicial, as informações, o acórdão recorrido e o memorial do eminente advogado Dr. Álvaro Leite Guimarães comprovam a existência de direito líquido e certo e de ato inconstitucional e ilegal da autoridade.

4. O voto vencido do ilustre Desembargador e Prof. Sérgio Mariano evidenciou que:

a) o secretário de estado não tinha competência para praticar o ato, que caberia exclusivamente ao governador, *ex vi* do disposto na Lei Federal nº 6.938/31 (art. 16);

b) o loteamento foi aprovado em 1958, não sendo suscetível de reapreciação a aprovação do projeto, nem *ex vi* do art. 180 da Constituição de 1988 — que evidentemente não desconstituiu direito adquirido — e muito menos em virtude do que dispõe a Lei nº 6.766/79, promulgada vinte anos depois do ato que constituiu o direito adquirido da consulente;

c) a interdição não encontra fundamento no Código Florestal, que não poderia justi-

ficar a interdição do loteamento, *a fortiori* por autoridade estadual;

d) a suspensão ou paralisação não pode ser determinada por prazo superior a 30 dias, senão pelo presidente da República.

5. No seu excelente memorial, o eminente advogado Dr. Álvaro Leite Guimarães comprovou que o acórdão recorrido violou frontalmente:

a) o art. 5º, incisos XXII, XXIV e XXXVI da Constituição vigente;

b) o art. 524 do Código Civil.

6 Evidenciou, ainda, o ilustre patrono da impetrante a incompetência da autoridade que praticou o ato, por se tratar de matéria da competência exclusiva da autoridade federal e quicá do presidente da República, ao qual não se pode equiparar, com a devida vênia, o Secretário de Obras e Meio Ambiente do Estado do Rio de Janeiro.

7. Finalmente, rebateu adequadamente o parecer do Ministério Público que pretendia substituir a propriedade privada pela coletiva, esquecendo-se que o estado de direito pressupõe garantias básicas, como a da irretroatividade da lei e do respeito aos direitos individuais, que no caso, como evidenciado, não estão vinculados a "locupletamentos especulativos", mas sim ao aproveitamento construtivo da terra e à criação de riqueza para a região.

8. A questão básica que se discute no presente processo é, em nosso entender, a necessidade de resguardar o direito adquirido da consulente, que não podia ser violado pela interdição que constitui, no caso, verdadeira expropriação sem o pagamento prévio da justa e prévia indenização em dinheiro, como confessa a própria Feema ao considerar o projeto "impossível".

9. Examinaremos, sucessivamente, o princípio da irretroatividade da lei, a irrevogabilidade do ato administrativo regular criador de direito e a posição da jurisprudência e da doutrina no tocante à licença de construção à qual se equipara a aprovação do projeto de loteamento.

II. Da irretroatividade da lei

10. Sempre se considerou que a irretroatividade da lei é um consectário do estado de direito, pois a lei é feita para o futuro e não pode prejudicar os direitos já adquiridos e as situações jurídicas perfeitas, que se integraram no patrimônio do titular, sob pena de constituir verdadeira expropriação.

11. Seguindo o exemplo da Constituição norte-americana, todas as constituições brasileiras, menos a Carta de 1937, proibiram a retroatividade da lei, não permitindo que ela pudesse afetar o direito adquirido, que, como salientado por Clóvis Beviláqua, constitui o verdadeiro limite à incidência da lei nova.

12. A lei de introdução não só definiu o direito adquirido, nos termos propostos por Gabba, como ainda estendeu-lhe o sentido ao abranger o direito condicional ou dependente de termo.

13 No caso da aprovação do loteamento ou da licença de construção, pois ambos constituem situações jurídicas idênticas, aplica-se o princípio *tempus regit actum*, ou seja, a lei vigente no momento em que é proferida a decisão administrativa, pois, como bem salienta Hely Lopes Meirelles:

"O início da obra gera direito adquirido à sua continuidade pela legislação em que foi aprovado o projeto..." (*Direito de Construir*, 5. ed., p. 168).

14. No mesmo sentido, é a lição do Prof. Caio Tácito, que com base na doutrina nacional e estrangeira e no direito comparado, ensina:

"O direito de propriedade é um dos alicerces do mundo ocidental.

(...)

Entre essas projeções jurídicas da propriedade, está o chamado direito de construir, que é, em verdade, 'poder contido no direito de propriedade', conforme a lição sempre válida de Pontes de Miranda" (*Direito Administrativo*, 1975, p. 146).

15. O mesmo eminente autor afirma, em seguida, que a autoridade que revoga a autorização de construir (ou a aprovação do loteamento) não só viola direito adquirido,

como, ainda, atua dolosamente, “omitindo-se ac de dever de obediência às leis, o que importará em sua responsabilidade regressiva pelo dano” (ob. cit., p. 153).

16. Mesmo os autores de direito ambiental reconhecem que a revogação da autorização regularmente dada só pode ocorrer, com base em legislação superveniente, se houver desapropriação do bem, com o prévio pagamento da justa indenização em dinheiro (Paulo Affonso Leme Machado, *Direito ambiental brasileiro*, 3. ed., 1991, p. 97).

17. Evidenciaremos, em seguida, que a jurisprudência é mansa e pacífica no sentido de não admitir a revogação de ato criador de direito adquirido em geral e, em particular, a da aprovação de licença de construção ou de projeto de loteamento, cujas obras tenham sido iniciadas.

III. Da irrevogabilidade do ato administrativo que criou direito adquirido de acordo com a Constituição e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

18. Como vimos, a intangibilidade do direito adquirido é assegurada pelo art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, tratando-se de garantia básica, cuja existência se identifica com a do próprio estado de direito e que somente esteve ausente da nossa Constituição durante o Estado Novo.

19. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrou a tese da irrevogabilidade do ato administrativo, que criou direito adquirido, na Súmula nº 473, cujas origens e fundamentos se encontram numa série de decisões judiciais, caracterizando-se a tese jurisprudencial pelo fato de não admitir tal revogação a não ser nos casos de violação expressa e inequívoca da lei, acrescentando que a revogação pura e simples do ato administrativo ou sua motivação inidônea importa em abuso de poder que enseja a impetração do mandado de segurança.

20. Os primeiros acórdãos do Supremo Tribunal Federal que consagraram a irrevogabilidade do ato administrativo criador de

direito datam de 1943 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 1, fasc. 1, p. 174 e segs.), sendo numerosas, desde então, as decisões que salientaram a intangibilidade da decisão que tenha ensejado a constituição do “ato jurídico perfeito”, “direito subjetivo”, “situação jurídica definitiva”, “direito público subjetivo”.

21. No Mandado de Segurança nº 1.420, julgado em 3 de outubro de 1951, o Supremo Tribunal Federal entendeu que:

“O ato administrativo só é revogável quando dele não resulta vínculo jurídico.

(...)

Revogação do ato discricionário, quando dele derivou um direito subjetivo individual, uma situação jurídica definitivamente constituída, representa um desvio de poder.”

22. Nessa jurisprudência, é preciso enfatizar a orientação aceita pelo Supremo Tribunal Federal e defendida, inicialmente, pelos eminentes e saudosos Ministros Orosimbo Nonato e Hahnemann Guimarães que, considerando anulável o ato administrativo ilegal, sempre ponderaram que:

“(...) se o ato tem aparência regular e originou direito subjetivo, não pode a revogação ter efeito” (RMS nº 2.220, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 52, p. 246).

23. O Ministro Orosimbo Nonato, acompanhado pela unanimidade do Supremo Tribunal, reiterou que a anulação do ato administrativo criador de direito só se admite quando “evidente” ou “manifesta” a ilegalidade ou quando “evidente o erro de direito ou de fato” (RE nº 20.462, julgado pela egrégia Segunda Turma em 8.8.52, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 52, p. 172; Mandado de Segurança nº 1.490, julgado em 16.8.51, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 26, p. 95-6).

24. No último acórdão referido, o Ministro Hahnemann Guimarães afirmou o princípio da revogabilidade do ato administrativo, que não criou direito subjetivo, para, em seguida, acrescentar que, ao contrário, havendo “constituição de direito em favor de alguém”, “a revogação do ato administrativo

só seria possível no caso de erro evidente, manifesto, o que não ocorre no caso" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 26, p. 96).

25. A ilegalidade manifesta como requisito obrigatório para a eventual revogação do ato administrativo, que criou direito, também é referida no julgamento do plenário do Supremo Tribunal Federal de 25.3.63 referente ao RMS nº 9.774 (*in Revista Forense*, vol. 204, p. 85).

26. Essa jurisprudência acabou ensinando a aprovação da Súmula nº 473, de acordo com a qual a administração pode anular seus próprios atos ou revogá-los, mas tão-somente quando respeitados os direitos adquiridos.

27. Fundamentou-se a mencionada súmula em várias decisões, entre as quais a proferida no Mandado de Segurança nº 12.512, em 22.7.64, cuja ementa era a seguinte:

"O ato administrativo pode ser revogado, mas se já operou efeito, tomando o caráter de direito adquirido, a autoridade revogadora terá que indicar precisamente o vício ou ilegalidade de que se acha contaminado, a fim de permitir o controle jurisdicional sobre a revogação.

Configura o abuso de poder, ensejador de mandado de segurança, a revogação pura e simples do ato administrativo ou a sua motivação inidônea" (*Revista Forense*, vol. 212, p. 91).

28. No caso *sub judice*, a autoridade reconheceu que inexistia motivo para anular o ato administrativo, tanto assim que invocou legislação superveniente para revogá-lo.

29. Dentro do mesmo espírito, reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal firmaram, por outro lado, a tese de acordo com a qual "não se revoga ato administrativo em face de mutação de interpretação; sempre quando tenha havido infração da lei poderá revogar-se o ato de que resultou vantagem para o particular" (Mandado de Segurança nº 9.410, julgado em 10.1.62, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 69, p. 187).

30. O mesmo princípio tem dominado a área tributária, decidindo o excelso Pretó-

rio que "a modificação de critérios de lançamento de tributos somente é permitida de acordo com o Código Tributário Nacional quando o fato gerador tenha ocorrido posteriormente à sua introdução" (decisão proferida no RE nº 61.642, julgado em 5.12.67, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 93, p. 80).

31. Na mesma época, firmou o excelso Pretório a sua posição na matéria, em outro feito, decidindo que:

"Não cabe revisão de lançamento fiscal em virtude de erro de direito" (Acórdão no RE nº 60.663, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 92, p. 46, e no mesmo sentido Agravo de Instrumento nº 32.661, julgado em 14.5.65 *in Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 33, p. 51).

32. Assim sendo, concluímos que quando o ato administrativo enseja a criação de um direito adquirido, não pode ser revogado, só cabendo a sua anulação no caso de violação expressa e inequívoca da lei.

33. No caso *sub judice*, não houve prova da ocorrência de qualquer violação expressa e inequívoca do direito, de modo que a legislação posterior não pode lesar o direito subjetivo do proprietário, que iniciou a realização de projeto, ensejou a construção de casas nos lotes e para o qual se constituiu um direito adquirido.

IV. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à revogação de licença de construção

34. No campo específico da revogação de licença de construção, regularmente concedida de acordo com a lei vigente na época, à qual, como vimos, se equipara a aprovação de projeto de loteamento, tendo ambos os mesmos efeitos, firmou-se a jurisprudência do excelso Pretório no sentido de sua irrevogabilidade.

35. Já em 1957, o Supremo Tribunal Federal conheceu do Recurso em Mandado de Segurança nº 4.044, de São Paulo, dando-lhes provimento, a fim de garantir aos impetrantes o direito de construir um edifício de acordo com a licença que lhes fora

concedida e que, posteriormente, fora cassada pelo prefeito municipal, sob a alegação de irregularidade na concessão, que não teria obedecido a um projeto de alinhamento (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 49, p. 225).

36. O primeiro *leading case* em que se debateu mais amplamente a matéria foi, todavia, a decisão proferida, em grau de recurso, no Mandado de Segurança nº 7.263, julgado em sessão plenária, pelo Supremo Tribunal Federal, em 11.1.60, no qual a mais alta Corte concedeu o remédio heróico contra a anulação, pelo então prefeito do Distrito Federal, da licença concedida para a construção do Edifício Andraus.

37. No seu voto vencedor, o saudoso Ministro Ribeiro da Costa salientou que:

“O caso em apreço é expressivo: a Prefeitura do Distrito Federal aparelhada com um quadro de engenheiros hábeis, competentes, concede a licença para construção no terreno que é propriedade do recorrente. Depois de concedida a licença, apresentado o projeto, expedido o alvará, são pagos os emolumentos. Trata-se, assim, de um ato administrativo perfeito. Entretanto, porque houve celeuma de vizinhos interessados, o Sr. Prefeito, em face dessa ato arda, revoga o seu ato, mas essa revogação não pode subsistir, pois atenta contra princípio expresso da Constituição” (*Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 84, p. 250, e *Revista de Direito Administrativo*, vol. 70, p. 192).

38. Posição idêntica assumiu o Supremo Tribunal Federal nos casos do RE nº 55.277 e do RMS nº 13.140, nos quais o eminente relator Ministro Luiz Gallotti, acompanhado pelos demais eminentes julgadores, concluiu que:

“Suspensão de obra pela autoridade administrativa. Esta não pode, por ato próprio, sem recorrer à via judicial, por meios de ação cominatória, que é o remédio específico, concedido pela lei no caso (de cassar alvará), mesmo quando (a licença) contraria condições legais.”

39. Posteriormente, em 1º de junho de 1976, a egrégia Segunda Turma do excelso

Pretório teve o ensejo de decidir situação análoga à existente no caso *sub judice*, em processo oriundo de São Paulo, no qual também se discutia a aplicação retroativa da lei nova a pedido de licença requerido na vigência da legislação anterior. Apreciando a hipótese, no RE nº 85.002, a mais alta Corte decidiu, por unanimidade, que:

“Iniciada, porém, que seja a obra autorizada, o problema muda de feição, porquanto, neste caso, há inequivocamente, direito adquirido.”

Conforme salientou o eminente Relator Ministro José Carlos Moreira Alves, invocando o § 22, do art. 153 da Constituição então vigente, para conceder a segurança, a fim de restabelecer a licença de construir, com apoio na doutrina germânica de Fritz Fleiner e Walter Jellinek e, mais recentemente, de Ernest Forsthoff.

40. No mesmo julgamento, o eminente Ministro Cordeiro Guerra, invocando a lição de Planiol e Ripert, rejeitou a possibilidade de revogação da licença decorrente de mudança de critério da administração, ponderando 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.”

41. O douto relator foi acompanhado pelos eminentes Ministros Leitão de Abreu, Xavier de Albuquerque e Thompson Flores, firmando-se, assim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de garantir ao proprietário o direito de construir, nos casos em que a licença regularmente concedida tiver sido revogada pelo Poder Público, depois de efetivamente iniciada a construção.

42. A identidade entre a situação existente no presente caso e a do RE nº 85.002 é evidente. A licença, ou autorização, foi concedida. A construção foi iniciada. E, posteriormente, a autoridade decidiu revogar o alvará, interditando o loteamento, numa conduta que viola de modo evidente o direito adquirido pela consulente.

V. Conclusões

43. Pelo exposto, concluímos que, de acordo com a Constituição, a lei, a jurisprudência e a doutrina, existe direito líquido e certo da impetrante, que justifica a concessão de mandado de segurança contra o ato ilegal da autoridade incompetente,

justificando-se, pois, o conhecimento e provimento do recurso especial, por ela interposto.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 1991.

— *Arnoldo Wald*, Advogado inscrito na OAB/RJ 6.808. Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ.