

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO HENRIQUE SAAD MESSIAS DE SOUZA

LICENÇA PARA CONSTRUIR E GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DIREITO
ADQUIRIDO: UMA REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

CURITIBA

2019

PEDRO HENRIQUE SAAD MESSIAS DE SOUZA

LICENÇA PARA CONSTRUIR E GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DIREITO
ADQUIRIDO: UMA REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

Artigo apresentado como requisito parcial à
conclusão do curso de especialização em Direito
Ambiental, Setor de Ciências Agrárias, da
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Angela Cassia Costaldello

CURITIBA

2019

Licença para Construir e Garantia Constitucional ao Direito Adquirido: uma revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Pedro Henrique Saad Messias de Souza

RESUMO

O propósito deste estudo é avaliar a existência de direito adquirido a partir do requerimento de licença para construir em face de alterações de zoneamento de uso e ocupação do solo, visando revisar os entendimentos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Para isso, foi feita uma pesquisa compreendendo os acórdãos proferidos pelo Tribunal entre 16.07.1934, data da introdução da garantia constitucional ao direito adquirido, e 09.09.2019. Acolhendo o julgamento do Recurso Extraordinário 85.002/SP como caso paradigma, a jurisprudência do STF assumiu o entendimento que o direito adquirido se daria após o início da obra dentro do prazo estabelecido na licença para construir. Ele se baseia no argumento de que tudo que acede ao solo passa a ser objeto do direito de propriedade e antes do início dela o direito de construir seria uma mera faculdade. Sendo a garantia ao direito adquirido um direito de estatura constitucional e aplicável a qualquer relação jurídica, é fundamental avaliar a possibilidade de direitos adquiridos a serem protegidos na relação jurídica entre a Administração e administrado. Revela-se necessária a revisão de fundamentos da jurisprudência do STF, de modo a contemplar a proteção de direitos adquiridos a partir das relações de direito público, como o direito de protocolo.

Palavras-chave: Direito Adquirido. Licença para Construir. Direito de Construir. Garantia Constitucional.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the vested rights occurrence from the moment of building permit application in face of land use zoning changes, in order to review the understandings of the Federal Supreme Court jurisprudence. A search was made for the Court's jurisprudence, including judgments delivered between July 16th, 1934, when vested right constitutional guarantee was introduced, and September 9th, 2019. Considering the Extraordinary Appeal 85.002/SP as a leading case, Federal Supreme Court case law understands that the right to build is vested after the beginning of building works within permit established period. It is based on the conception that everything above the ground becomes the object of property rights and before its beginning, the right to build would be a mere faculty. As vested rights are a constitutional guarantee and applicable to any juridical relationship, it is essential to evaluate them in juridical relationships between State and building permits applicants. Its revision is necessary to include the protection of vested rights from the relations of public law, such as the one originated from permit application.

Keywords: Vested Right. Building Permit. Right to Build. Constitutional Grant.

1 INTRODUÇÃO

A alteração de normas de uso e ocupação do solo envolve incertezas. Por outro lado, a previsibilidade das regras urbanísticas é essencial para construtoras e incorporadoras, cujas atividades são influenciadas por aspectos de longo prazo. As mudanças que restringem as possibilidades de uso de lotes são um fator prejudicial para esses negócios, sendo significativa, portanto, a questão dos direitos dos particulares em face a alterações legislativas nesta matéria.

A questão é atual em municípios brasileiros com expressivos mercados imobiliários. Em 2019, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) julgou improcedente ação que visava a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 380 da Lei 16.050/14 - Plano Diretor Estratégico - e 162 da Lei 16.402/2016 - Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo, ambas do município de São Paulo¹.

Esses artigos garantem a aplicabilidade de norma em vigor na data do requerimento na análise de pedidos de licenças para construir, ainda que mudanças normativas supervenientes aconteçam, o chamado “direito de protocolo” (APPARECIDO JR., 2017, p. 147). Dispositivos semelhantes também são encontrados na legislação urbanística de outras cidades brasileiras, como por exemplo na Lei de Uso e Ocupação do Solo do Distrito Federal², sancionada no início de 2019.

O direito de protocolo tem repercussão nos negócios imobiliários. Isso pode ser observado nas consequências da suspensão do direito de protocolo em virtude da liminar na ação direta de inconstitucionalidade mencionada, que entre fevereiro e maio de 2018 atingiu mais de 19 mil imóveis, com impactos nas vendas na ordem de R\$ 11,2 bilhões (DE LIMA, 2019).

As possibilidades e condições envolvidas na destinação de imóveis, estabelecidas pelo zoneamento, são por vezes motivo de conflito entre a Administração e particulares. E ele é especialmente controverso na ausência de

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2028122622018826000. Relator Desembargador Pereira Calças. Órgão Especial. Data de Julgamento: 27.03.2019. Data de Publicação: DJ. 10.04.2019.

² Artigo 82, da Lei Complementar Distrital nº 948, de 16 de janeiro de 2019.

normas de uma transição nas mudanças de zoneamento como a que garante o direito de protocolo.

Apparecido Jr. (2017, p. 140) define zoneamento como o regramento urbanístico que fixa os usos e condições de aproveitamento para diversas áreas do solo de um município. A efetividade dos planos urbanísticos, em especial do zoneamento de usos, se dá por meio de instrumentos de controle. O controle prévio se faz por autorizações e licenças (DA SILVA, 2010, p. 428). Enumerando as licenças mais comuns, abrigadas entre as licenças urbanísticas, há a licença para lotear, a licença de funcionamento, a licença para habitar e a licença para construir (FIGUEIREDO, 1981, p. 22-23), sendo esta última objeto deste trabalho.

Hely Lopes Meirelles (2016, p. 413) define licença como ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando atendimento às exigências legais, faculta ao interessado o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular. A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente perfaz os requisitos legais para sua obtenção. A caracterização da licença enquanto ato administrativo declaratório de direito preexistente e vinculado é recorrente na literatura jurídica³ e na jurisprudência⁴, sendo uma concepção consolidada.

As incertezas decorrentes da mudança de zoneamento e seus impactos na emissão de licenças para construir leva à definição de direito adquirido.

O direito adquirido é aquele que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem⁵. De acordo Kívia Oliveira (2003, p. 216), ele ocorre quando uma pessoa adquire um direito subjetivo, durante a vigência

³ Ver: DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 34ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 439. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 213. DA SILVA, José Afonso. Direito Urbanístico Brasileiro. 6ª ed. rev et atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 434. MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 343. DI PIETRO, Maria Sylvia Z. Direito Administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro digital.

⁴ Apenas a título exemplificativo, o STF se manifestou nesse sentido nos julgamentos do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1059345/AM e do Recurso Extraordinário nº 970320/PR. O Superior Tribunal de Justiça também, nos julgamentos do Agravo em Recurso Especial nº 868647/RJ, do Recurso Especial nº 1544874/SC e do Recurso Especial 1280493/SC.

⁵ Redação do Decreto-lei nº 4.657/1942, artigo 6º, §2º.

de determinada lei, este é incorporado ao patrimônio do titular. O advento de nova lei não pode prejudicá-lo, ainda que não tenha sido exercido.

Com exceção da Constituição Federal de 1937, todos os textos constitucionais⁶ a partir de 1934 trouxeram a previsão da garantia ao direito adquirido. Ela se encontra positivada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, XXXVI.

O direito adquirido também está disciplinado infraconstitucionalmente, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657/1942, artigo 6º, §2º, introduzido pela Lei nº 3.238/1957. Alterações posteriores, inclusive aquelas trazidas pela Lei nº 13.655/2018⁷, não trouxeram inovações a seu conceito.

A proteção do direito adquirido é manifestação do princípio da segurança jurídica. Ele é traduzido em limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos, visando a estabilidade das relações jurídicas (OLIVEIRA, 2003, p. 224).

Cumprе esclarecer que não existe direito adquirido a continuar usufruir regime jurídico anterior como uma faculdade de escolher aquele mais vantajoso⁸. No entanto, há situações que suscitam a ocorrência de direitos adquiridos.

Nelas, em especial na falta de uma regra de transição, é discutido se haveria direito adquirido antes da decisão de atribuição da licença para construir, a despeito de normas de interesse público supervenientes. Em caso afirmativo, a questão permanece em relação ao momento em que o particular adquire o direito de construir (AIDAR, 2016, p. 9-10): se com a emissão da licença, enquanto a norma anterior ainda vigorava; se com o decurso do prazo legal de análise do seu requerimento; ou ainda, com a apresentação do pedido devidamente instruído à Administração.

O propósito deste estudo é explorar a possibilidade de existência de direito adquirido a partir do requerimento de licença para construir em face de alterações de

⁶ A Constituição de 1934, no seu artigo 113, nº 3, introduziu a garantia de proteção ao direito adquirido. A Constituição de 1946, em seu artigo 141, §3º, voltou a tratar da matéria. A proteção ao direito adquirido se manteve no artigo 150, §3º, da Constituição de 1967 e na atual.

⁷ A Lei nº 13.655, de 29 de abril de 2018, incluiu nove novos artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

⁸ O STF inclusive decidiu nesse sentido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 178836/SP.

zoneamento de uso e ocupação do solo, de modo a revisitar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Primeiramente, em análise do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, é avaliada a proteção constitucional ao direito adquirido como fundamento do direito de protocolo. Em seguida, é examinada a compreensão construída pelo STF sobre a questão.

Para essa apreciação, foi realizada uma pesquisa da jurisprudência do STF, compreendendo os todos os acórdãos⁹ entre 16.07.1934 e 09.09.2019¹⁰. O marco inicial é data da promulgação da carta magna que introduziu a proteção ao direito adquirido e que, portanto, ela passou a ser objeto da jurisdição constitucional. Foram buscados acórdãos com os termos “direito adquirido” e “alvará” ou “licença” e selecionados aqueles nos quais as lides versavam sobre licenças para construir.

2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO ADQUIRIDO COMO FUNDAMENTO DO DIREITO DE PROTOCOLO

Para demonstrar o fundamento do direito de protocolo, será num primeiro momento feita a análise da constitucionalização da proteção ao direito adquirido e suas consequências na ordem jurídica brasileira a partir de 1934. Em sequência, será discutida a relação entre a formação de direito adquirido e os atributos da licença enquanto ato administrativo, de modo a identificar seu marco temporal.

2.1 A PROTEÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

O direito adquirido é uma garantia de caráter constitucional, aplicável a toda relação jurídica normatizada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, é importante que sejam apontadas as consequências da constitucionalização dessa garantia.

Conforme enunciado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa

⁹ Não foram incluídas, portanto, decisões monocráticas.

¹⁰ Data de fechamento deste artigo.

julgada. É interessante apontar que semelhante redação se apresentava nas Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967.

A definição de direito adquirido é trazida, como já apontado, no artigo 6º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹¹. Este fato levou à controvérsia a respeito da hierarquia da garantia ao direito adquirido, constitucional ou infraconstitucional. Caso fosse adotado este segundo entendimento, seria matéria de apreciação do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹², não do STF, visto que encarada como mera questão relativa à legislação federal.

Conforme Gilmar Mendes (2019) a questão foi superada no julgamento do Recurso Extraordinário 226.855/RS. Entendeu o ministro Moreira Alves, relator:

O próprio Superior Tribunal de Justiça já chegou à conclusão de que, quando há alegação de direito adquirido, a questão é puramente constitucional, [...], sendo certo que o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil nada mais faz do que explicitar conceitos que são os da Constituição, dado que o nosso sistema de vedação da retroatividade é de cunho constitucional. E para se aferir se há, ou não, direito adquirido violado pela lei nova é preciso verificar se a aquisição dele se deu sob a vigência de lei antiga, não podendo, pois, ser ele prejudicado por aquela. A não ser que se faça esse confronto, jamais teremos hipótese em que esta Corte possa fazer prevalecer a vedação constitucional da retroatividade. (BRASIL. STF, 2000a)

O Tribunal, por maioria¹³, rejeitou a preliminar de prejudicialidade do recurso extraordinário, entendendo a garantia do artigo 5º, XXXVI, como direito de hierarquia constitucional.

A constitucionalização expressa da garantia ao direito adquirido é fato característico da tradição constitucional brasileira, que conferiu a ela um tratamento diferenciado em relação a outros ordenamentos (COUTO E SILVA, 2004, p. 273). Como explicitou Sepúlveda Pertence em seu voto de vista no Recurso Extraordinário nº 226.855/RS:

¹¹ Como afirmado na introdução, as alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro trazidas pela Lei nº 13.655/2018, não trouxeram inovações ao conceito.

¹² Esse foi o entendimento apresentado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, voto vencido, na apreciação do Recurso Extraordinário 226.855/RS.

¹³ Vencidos os votos dos ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Néri da Silveira e Carlos Veloso.

[...] ao contrário dos ordenamentos europeus para os quais e sobre os quais tanto polemizaram Gabba e Roubier e tantos outros - a nossa garantia do direito adquirido [...] não é construção teórica de direito intertemporal a aplicar na sucessão de leis silentes a respeito: é uma garantia constitucional, irremovível, pois, pelo legislador ordinário. (BRASIL. STF, 2000b)

Em relação ao contexto da mudança de zoneamento de usos do solo urbano, o tratamento constitucional atribuído ao direito adquirido é especialmente relevante quando considerados subsídios do direito estadunidense.

Nos Estados Unidos, conforme David Heeter (1971, p. 64-65), nos conflitos intertemporais envolvendo zoneamento de uso e ocupação do solo, destacam-se aplicação dos princípios do *estoppel* (preclusão) e dos *vested rights* (direitos adquiridos). A defesa do *estoppel* deriva de uma consideração da equidade, isto é, se seria equitativo permitir ao Estado repudiar sua conduta anterior. Os *vested rights*, por sua vez, decorrem de princípios constitucionais fundados na 14ª Emenda; eles se fundamentam na discussão da possibilidade ou não do governo comprometer a relação de propriedade. Como se observa, a noção de direito adquirido é alcançada numa ponderação de princípios, não havendo uma menção expressa a proteção de direitos adquiridos em textos normativos, muito menos de tutela constitucional.

A proteção ao direito adquirido diz respeito ao princípio de segurança jurídica, juntamente com a proteção ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Esse princípio se realiza nos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos (COUTO E SILVA, 2004, p. 273).

O princípio da segurança jurídica é um princípio geral do direito. Os princípios gerais são aqueles progressivamente introduzidos na consciência jurídica, encontrando recepção expressa ou implícita no texto da Carta Magna (CANOTILHO, 1993, p. 173). Envolvem relações e objetos que estão além da dogmática jurídico-constitucional (DA SILVA, 2019, p. 95).

Ressalte-se também que a jurisprudência do STF¹⁴ e autores de expressão¹⁵ afastam a tese de que proteção ao direito adquirido se daria somente em face a normas de direito privado. O princípio da segurança jurídica e a garantia ao direito adquirido se aplicam, assim, à toda relação jurídica, inclusive aquelas de direito público - como as que envolvem particulares interessados em licenças para construir e a Administração.

A garantia ao direito adquirido e o princípio da segurança jurídica, no entanto, não são absolutos. Eles não podem suprimir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito este também de estatura constitucional. Há prevalência da proteção do meio ambiente em face de alegado direito adquirido relativo a concessão de licença ambiental quando a ela sobrevém norma mais restritiva (FONTENELE, 2015, p. 259). A jurisprudência do STJ reafirma em diversos julgados a impossibilidade de um direito adquirido a causar danos ao meio ambiente¹⁶. Convém ressaltar, assim, que a tutela da proteção do meio ambiente não se confunde com o planejamento urbanístico de uso e ocupação do solo, do qual a licença para construir é instrumento.

Sendo a garantia ao direito adquirido um direito de estatura constitucional e aplicável a relação jurídica, é possível avaliar a possibilidade de direitos adquiridos a serem protegidos na relação jurídica estabelecida a partir do requerimento de uma licença, atendidos todos seus requisitos legais.

¹⁴ *Leading case* (MENDES, 2019): BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493. Relator Ministro Moreira Alves. Jul. 25.06.1992, DJ 04.09.1992.

¹⁵ Ver: PONTES DE MIRANDA, Francisco C.. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. t.5. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 99.; FRANÇA, Rubens Limongi. A Irretroatividade da Lei e o Direito Adquirido. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 249-259.; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. G. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. rev. et atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro Digital.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 17.292/DF. Relator Ministro Castro Meira. Data de Julgamento: 27.06.2012. Data de Publicação: DJe 03.10.2012.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1172553/PR. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. Data de Julgamento: 27.05.2014. Data de Publicação: DJe 04.06.2014.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial 1222723/SC. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Data de Julgamento: 16.02.2012. Data de Publicação: DJe 27.02.2012.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial 1283547/SC. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Primeira Turma. Data de Julgamento: 23.10.2018. Data de Publicação: DJe 31.10.2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1660188/PR. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Primeira Turma. Data de Julgamento: 09.03.2020. Data de Publicação: DJe 12.03.2020.

2.2 DIREITO ADQUIRIDO E OS ATRIBUTOS DA LICENÇA ENQUANTO ATO ADMINISTRATIVO: SURGIMENTO DO DIREITO SUBJETIVO AO BEM OU ATIVIDADE LICENCIÁVEL A PARTIR DA COMPROVAÇÃO DE REQUISITOS

A identificação de direitos adquiridos a serem protegidos se relaciona com a indicação de direitos subjetivos incorporados a um sujeito em uma relação jurídica. No caso das licenças para construir, essa indicação passa por uma discussão dos atributos da licença enquanto espécie do gênero de ato administrativo.

Dois deles, já mencionados na introdução, são os caracteres vinculado e declaratório da licença¹⁷.

Como expõe José Afonso da Silva, (2010, p. 435), por seu caráter vinculado uma licença não pode ser legitimamente negada quando o requerente demonstra ter preenchido as exigências previstas em lei para o exercício da faculdade licenciável, sem prejuízo da margem de discricionariedade técnica da Administração.

A licença reconhece e consubstancia um direito do requerente (DA SILVA, 2010, p. 434), sendo, portanto, de natureza declaratória. Ela é ato declaratório de direito preexistente (DI PIETRO, 2019). Destarte, é de se concluir que há direito subjetivo a partir da comprovação dos requisitos para obtenção da licença.

Se declaratório de direito preexistente, ato ou fato jurídico há de ocasionar o surgimento deste direito subjetivo. Assim, há direito adquirido antes da decisão de atribuição da licença para construir, a despeito de normas de interesse público supervenientes. Do contrário, ela seria ato constitutivo de direito, e não declaratório.

Ainda, o entendimento de que o direito subjetivo se forma anteriormente à emissão da licença também se justifica devido seu caráter vinculado. Afinal, entender que a vinculação da Administração se dá a partir da emissão abriria margem à possibilidade de ela protelá-la com vistas eventual aprovação de nova lei. Se há possibilidade de a Administração escolher que lei a vinculará na emissão da licença, não se pode afirmar que o ato seja vinculado.

¹⁷ Atributos inequivocamente assimilados pela jurisprudência dos tribunais superiores, conforme apontado nas notas 3 e 4.

Entretanto, a controvérsia permanece em relação ao momento em que o particular adquire o direito de construir: se com o decurso do prazo legal de análise do seu requerimento, ou, ainda, com a apresentação do pedido devidamente instruído à Administração.

Eduardo Espínola (1941, p. 571-573) define direito subjetivo como a relação que vincula direta ou indiretamente, um bem da vida a um sujeito e que, reconhecida pela ordem jurídica, dá a esse o poder de tirar a utilidade daquele bem, no interesse próprio, alheio ou coletivo, com a iniciativa de fazer movimentar os órgãos da justiça pública para efetivar a plena proteção assegurada àquela relação.

Como define August Thon (1878, p. 335 *apud* Espínola, 1941, p. 630), para haver direito é necessário que seja conferido ao indivíduo um poder de natureza jurídica, que é o de realizar, pelo seu ato, a condição estabelecida para que o imperativo do direito objetivo entre em ação.

Em período anterior ao requerimento da licença não há que se falar em direito subjetivo incorporado ao patrimônio do administrado, mas sim mera faculdade ou poder jurídico de formulá-lo.

A condição para a obtenção de uma licença é a comprovação da adequação do requerente aos seus requisitos, mediante a apresentação de requerimento regularmente instruído, surgindo a partir deste momento o direito subjetivo. Nele são demonstrados os elementos que configuram o direito preexistente o qual a Administração é obrigada a declarar - e, ressalte-se, é obrigada pois o ato administrativo é vinculado em virtude dessa demonstração. Indiferente à configuração do direito de construir o transcurso do prazo de análise do requerimento.

A garantia constitucional da proteção ao direito adquirido seria, na medida em que os requisitos legais de obtenção da licença para construir são demonstrados no seu requerimento, fundamento do direito de protocolo, conforme já defendido acima. Porém, o entendimento jurisprudencial do STF não tem contemplado - nem considerado - este ponto.

3 LICENÇAS PARA CONSTRUIR E DIREITO ADQUIRIDO: A JURISPRUDÊNCIA DO STF E SUA NECESSIDADE DE REVISÃO

Para uma avaliação da jurisprudência do STF sobre a temática, foi feita uma pesquisa no site do Tribunal, compreendendo acórdãos proferidos entre 16.07.1934, quando foi promulgado o texto que introduziu a garantia constitucional ao direito adquirido, e 09.09.2019, data de fechamento deste artigo. Foram encontrados seis acórdãos nos quais se enfrentava a ocorrência de direito adquirido relacionada a obtenção de licenças para construir¹⁸.

É interessante observar que, como aponta Aidar (2016, p. 100), os litígios decorrentes do direito para construir se baseiam, em geral, na legislação local e são raros os casos sobre o tema que são apreciados pelo STF. Além disso, dos casos identificados, em apenas três¹⁹ os recursos foram conhecidos.

O primeiro julgamento sobre a questão se deu na Primeira Turma do STF, no dia 12.06.1970, referente ao Recurso Extraordinário 68.954/SP. Na ocasião, o recurso não foi conhecido. Ele também não teve muita relevância jurisprudencial.

No julgamento seguinte, do Recurso Extraordinário 85.002/SP, em 1976, foi adotado o entendimento que permanece fundamentando as decisões até o momento. Dada sua repercussão, ele é considerado o caso paradigma do Tribunal sobre a questão²⁰, o que justifica maiores considerações sobre seus fundamentos.

3.1 O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 85.002/SP COMO LEADING CASE: DIREITO ADQUIRIDO A PARTIR DO INÍCIO DAS OBRAS

O Recurso Extraordinário 85.002/SP, de relatoria do ministro Moreira Alves, foi julgado na Segunda Turma do STF em 01.06.1976. A controvérsia envolvia

¹⁸ Além desses, em outros recursos extraordinários três foi alegada, e portanto discutida, a ocorrência de direito adquirido para obtenção da licença para construir em face de legislação urbanística posterior. No entanto, nos feitos o conflito temporal não estava caracterizado. A licença para construir era incompatível com exigências legais, em duas situações diferentes. A primeira, encontrada nos Recursos Extraordinários nº 105.634/PR e nº 106.931/PR, é a de inadequação da licença para construir e da obra licenciada em relação à legislação urbanística estadual. A segunda situação, observada no Recurso Extraordinário nº 178.836/SP, é a da licença para construir requerida quando já existia lei que impedia o tipo de imóvel no local.

¹⁹ Foram os Recursos Extraordinários nº 85002/SP, nº 93108/SP e nº 212780/RJ.

²⁰ Como reconhece o próprio STF, no acórdão do Recurso Extraordinário nº 212780/RJ.

mudança de zoneamento do município de São Paulo. A lide se dava em virtude da cassação de alvará de construção de posto de serviço para automóveis.

O recorrente havia requerido a licença em outubro de 1973, na vigência da Lei Municipal 7.805/1972; o deferimento se deu em janeiro de 1974, depois de promulgada a Lei Municipal 8.001/1973. Esta última estabelecia que os imóveis da Avenida República do Líbano passariam de zona de uso predominantemente residencial a zona de uso estritamente residencial. Após emitida a licença, o município cassou o alvará, alegando conveniência e oportunidade, e o recorrente impetrou mandado de segurança.

A segurança foi denegada pela Segunda Câmara Civil do TJSP, vencido o relator, que a concedia. Contra essa decisão, foi interposto o recurso extraordinário, sustentando ofensa ao princípio constitucional do direito adquirido e aos artigos 524 e 572 do Código Civil de 1916, bem como divergência a jurisprudência compendiada na Súmula 473.

Por unanimidade, a Segunda Turma do STF conheceu e proveu o recurso, nos termos do relator, ministro Moreira Alves. Em relação ao marco da formação de direito adquirido, ele adotou um entendimento restritivo, segundo o qual:

O denominado direito de construir nada mais é, em verdade, do que uma das faculdades jurídicas que contêm no direito de propriedade. Essa faculdade, porém, só pode ser exercitada regularmente quando o Poder Público competente autoriza o exercício. [...] 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 se, com a concessão da licença, se constituiria, a favor do titular dessa faculdade jurídica, algum direito que se pudesse considerar adquirido [...]. Iniciada, porém, que seja a obra autorizada, o problema muda de feição, porquanto, neste caso, há, inequivocamente, direito adquirido. Com efeito, tudo aquilo que acedo ao solo passa, por via de regra a ser objeto de 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 revogar a autorização em virtude da qual se praticaram os atos necessários a que ele surgisse (BRASIL. STF, 1976).

A configuração do direito adquirido, dessa maneira, se daria após o início da obra dentro do prazo estabelecido na licença para construir. A conclusão se baseou no argumento de que tudo que acede ao solo passa a ser objeto do direito de propriedade e antes do início dela, o direito de construir seria uma mera faculdade.

Como aponta Gabriela Braz Aida (2016, p. 97), é interessante notar que o relator reconheceu a impossibilidade de revogação da licença após o mero início da obra, não diferenciando se tal início deve ou não ser substancial e o dever do Estado de indenizar os prejuízos causados nas situações em que a licença para construir é revogada antes do início da obra.

Não são as relações jurídicas relativas ao direito de propriedade as únicas amparadas pelo princípio da segurança jurídica e cujos direitos adquiridos constitucionalmente. O julgamento do Recurso Extraordinário 85.002/SP se limita a considerar essas relações. Na medida em que foi tomado por referência para julgamentos posteriores, inclusive no contexto da atual ordem constitucional, a mesma limitação se observa na jurisprudência construída pelo STF na temática.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ENTENDIMENTO DO STF: AS LIMITAÇÕES DO ENTENDIMENTO CONSTRUÍDO NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

A análise dos acórdãos identificou três situações fáticas principais. A primeira, quando há o conflito temporal envolvido na análise do requerimento da licença para construir e há previsão do direito de protocolo na legislação municipal de zoneamento de uso e ocupação do solo; a segunda, quando há o mesmo conflito e a legislação é omissa a esse respeito; e, por fim, a apreciação do pedido de renovação da licença após nova lei que estabelece uso mais restritivo.

A primeira situação foi enfrentada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 93.108/SP, interposto em face de acórdão da Segunda Câmara Civil do TJSP que negou provimento a mandado de segurança. Na fundamentação, foi apontada a premissa constante no julgamento do Recurso Extraordinário nº 85.002/SP, de que não há direito adquirido à licença se a obra não estiver iniciada. Entretanto, o STF conheceu e deu provimento ao recurso. Ele seguiu entendimento do também relator Moreira Alves no sentido de que, apesar de correta a premissa, não pode a Administração Pública sobrepor seu critério de avaliação desse mesmo interesse público ao adotado pela lei nova, no sentido de se amparar o direito de protocolo, para aplicá-la em desacordo.

A segunda circunstância foi apreciada no Recurso Extraordinário nº 212.780/RJ, no qual a licença para construir foi negada por mudanças legislativas que entraram em vigor após o pedido. Ele foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) que reconheceu à recorrida o direito a licenças para construir recusadas pela Administração em projeto de loteamento já aprovado e inscrito no registro imobiliário. O STF conheceu e proveu recurso, apontando que:

De efeito, a orientação extraída da pacífica jurisprudência do STF, acerca do direito subjetivo à construção, é no sentido de que somente se manifesta ele diante de licença deferida, reveladora de simples faculdade jurídica, aliada ao início da obra. De conferir-se, a propósito, os precedentes enumerados às fls. 287/293, notadamente o leading case (RE nº 85.002, Min. Moreira Alves) [...] (BRASIL. STF, 1999a)

Por fim, a terceira situação, relativa à apreciação do pedido de renovação da licença após nova lei que estabelece uso mais restritivo, foi encarada no Recurso Extraordinário 118.226/RJ e no agravo interno nos embargos de declaração no Recurso Extraordinário com agravo 1.077.827/MG. Em ambos o recurso não foi recebido, com base na Súmula 280²¹ do STF, sendo apontado que não haveria direito adquirido decorrente de licença que havia decaído^{22, 23}.

Não há divergências conceituais entre o entendimento de que a condição para a formação do direito de construir seria a comprovação da adequação do requerente aos seus requisitos e os entendimentos estabelecidos na primeira e na terceira situação.

Na primeira, há a aplicação de norma municipal que estabelece o direito de protocolo. Na terceira, a caducidade decorre diretamente do transcurso do prazo de

²¹ Súmula 280: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

²² Conforme José Afonso da Silva (2010, p. 444): “Quando se alude a um ‘prazo de vigência da licença’ há que se entender isso no sentido de que seu titular dispõe de um período de tempo para sua utilização; desde que isso aconteça, ela perdurará para sempre regendo o exercício do direito de construir *in concreto*, até a conclusão da edificação; a menos que haja interrupção prolongada, que, na forma prevista em lei, poderá gerar sua caducidade.”

²³ Válido apontar que nos acórdãos são mencionados “prazo de validade” das licenças. E ainda é comum que se mencione nas leis municipais de edificações uma “prescrição da licença”. A esse respeito, José Afonso da Silva (2010, p. 444-445) afirma: “[...] Não se trata de *prescrição*, nem se trata de *prazo de validade*, como se menciona nesses dispositivos. O prazo não é de prescrição, nem de decadência, nem de validade. É de preempção, cujo transcurso, sem utilização da licença, conduz à caducidade desta.”

perempção, de modo que seu efeito consiste em apagar a validade da licença como fundamento do exercício do direito pertinente (DA SILVA, 2010, p. 449).

Na segunda situação, entretanto, há o dissenso. O acórdão do Recurso Extraordinário nº 212.780/RJ reafirma o critério do caso paradigma, sendo limitado a considerações sobre a configuração de direitos adquiridos na relação concernente ao direito de propriedade. Desconsideram-se relações jurídicas fundadas no direito público, a garantia ao direito adquirido nessas relações e o caráter declaratório e vinculado das licenças para construir. Ademais, ignora-se o princípio da segurança jurídica, de modo que, no silêncio da lei urbanística, não seja aplicada a norma em vigor na data do requerimento na análise do pedido da licença para construir.

4 CONCLUSÃO

A proteção ao direito adquirido é uma garantia de caráter constitucional; o princípio da segurança jurídica é um fundamento da ordem jurídica e princípio geral do direito. Ambos se aplicam a toda relação jurídica agasalhada pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja de direito público ou privado.

A partir de uma revisão conceitual, doutrinária e jurisprudencial do instituto da licença para construir, é inequívoco que se trata de ato administrativo de caráter vinculado e declaratório de direito subjetivo preexistente.

O fato jurídico relacionado ao surgimento deste direito subjetivo - e, conseqüentemente, adquirido - objeto da licença para construir é a comprovação do atendimento aos seus requisitos. A direito de protocolo é consequência, portanto, constitucionalização da proteção ao direito adquirido.

É conveniente uma recapitulação do atual entendimento jurisprudencial do STF uma vez que ele desconsidera o surgimento de direitos adquiridos a partir da relação de direito público entre Administração Pública e administrado.

Uma revisão nesse sentido teria impactos especialmente na hipótese da licença para construir foi negada por mudanças legislativas que entraram em vigor após o pedido, sendo a lei omissa a respeito dos conflitos intertemporais relativos ao zoneamento. As conclusões seriam mantidas nas demais hipóteses identificadas, a despeito de uma eventual readequação jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

- AIDAR, Gabriela Braz. **Direito de protocolo: limites e possibilidades no processo de licenciamento construtivo**. 2016. 138p. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19841/2/Gabriela%20Braz%20Aidar.pdf>. Acesso em 10.06.2019
- APPARECIDO JR., José Antônio. **Direito Urbanístico Aplicado: os caminhos da eficiência jurídica nos projetos urbanísticos**. Curitiba: Juruá, 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01.08.2019.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 01.08.2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 493**. Relator Ministro Moreira Alves. Data de Julgamento: 25.06.1992, Data de Publicação: DJ 04.09.1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Extraordinário 1077827/MG**. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Data de Julgamento: 23.03.2018, Data de Publicação: DJ 12.04.2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Extraordinário 1059345/AM**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 28.05.2018, Data de Publicação: DJe 01.06.2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 68954/SP**. Relator Ministro Aliomar Baleeiro. Primeira Turma. Data de Julgamento: 23.04.1970, Data de Publicação: DJ 12.06.1970a.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 85002/SP**. Relator Ministro Moreira Alves. Segunda Turma. Data de Julgamento: 01.06.1976, Data de Publicação: DJ 17.09.1970b.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 93108/SP**. Relator Ministro Moreira Alves. Segunda Turma. Data de Julgamento: 07.11.1980, Data de Publicação: DJ 13.02.1981.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 105634/PR**. Relator Ministro Francisco Rezek. Segunda Turma. Data de Julgamento: 20.09.1985, Data de Publicação: DJ 08.11.1985.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 106931/PR**. Relator Ministro Carlos Madeira. Segunda Turma. Data de Julgamento: 15.04.1986, Data de Publicação: DJ 16.05.1986.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 118226/RJ**. Relator Ministro Célio Borja. Segunda Turma. Data de Julgamento: 26.09.1989, Data de Publicação: DJ 13.10.1989.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 212780/RJ**. Relator Ministro Ilmar Galvão. Primeira Turma. Data de Julgamento: 24.04.1999, Data de Publicação: DJ 25.06.1999a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 178836/SP**. Relator Ministro Carlos Veloso. Segunda Turma. Data de Julgamento: 08.06.1999, Data de Publicação: DJ 20.08.1999b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 226855/RS**. Relator Ministro Moreira Alves. Data de Julgamento: 31.08.2000, Data de Publicação: DJ 13.10.2000a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 225855/RS**. Relator Ministro Moreira Alves, Vista Min. Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 31.8.2000; Data de Publicação: DJ 13.10.2000b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 970320/PR**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 30.05.2016, Data de Publicação: DJe-113 03.06.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 280**. Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário. Sessão Plenária 13.12.1963. Brasília: Imprensa Nacional, 1964, p. 127. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2173. Acesso em 15.08.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial 1283547/SC**. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Primeira Turma. Data de Julgamento: 23/10/2018. Data de Publicação: DJe 31.10.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1660188/PR**. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Primeira Turma. Data de Julgamento: 09.03.2020. Data de Publicação: DJe 12.03.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo no Recurso Especial 868647/RJ**. Relator Ministro. Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Publicação: DJ 12.09.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial 1222723/SC**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Data de Julgamento: 16.02.2012. Data de Publicação: DJe 27.02.2012a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 17.292/DF**. Relator Ministro Castro Meira. Data de Julgamento: 27.06.2012. Data de Publicação: DJe 03.10.2012b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1280493/SC**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Data de Julgamento: 22.11.2011, Data de Publicação: DJe 01.12.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1172553/PR**. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. Data de Julgamento: 27.05.2014. Data de Publicação: DJe 04.06.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1544874/SC**. Relatora Ministra Regina Helena Costa, Data de Publicação: DJ 04.04.2018

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993.
COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

- _____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed. rev et atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DE LIMA, Juliana Domingos. O que é direito de protocolo. E porque ele está em xeque. **Nexo**, 19.03.2019. Disponível em: shorturl.at/gBPQ9. Acesso em 14.07.2019.
- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 34ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Z. **Direito Administrativo**. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro digital.
- DISTRITO FEDERAL. **Lei Complementar nº 948, de 16 de janeiro de 2019**. Aprova a Lei de Uso e Ocupação do Solo do Distrito Federal - LUOS nos termos dos arts. 316 e 318 da Lei Orgânica do Distrito Federal e dá outras providências. Brasília, 2019. Disponível em: www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/fdab09844f754a998dea87e64a4b4d54/Lei_Complementar_948_16_01_2019.html. Acesso em 01.08.2019.
- ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de Direito Civil Brasileiro**. v.9. Da Lei e da sua obrigatoriedade, Do Direito intertemporal. v. 2 Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.
- _____. **Tratado de Direito Civil Brasileiro**. v.9. Dos direitos subjetivos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Licenças Urbanísticas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 145. p. 21-33, jul/set 1981.
- FONTENELE, Paulo Henrique Carneiro. Direito de construir em face de alterações legislativas do direito ambiental: direito adquirido x proteção ao meio ambiente. **Revista da AGU**. Brasília, ano 14, n. 02, p. 203-260, abr./jun. 2015
- FRANÇA, Rubens Limongi. **A Irretroatividade da Lei e o Direito Adquirido**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- HEETER, David G. Zoning Estoppel: Application of the Principles of Equitable Estoppel and Vested Rights to Zoning Disputes. **Urban Law Annual**. Saint Louis, v. 15, p. 63-93, 1971.
- MAZZA, A.. **Manual de Direito Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MEIRELLES, Hely L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. .
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. rev. et atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro Digital.
- OLIVEIRA, Kívia C. P. P.. O Direito Adquirido e o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 233. p. 213-227, jul/set 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C.. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. t.5. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- SÃO PAULO (Município). **Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014**. São Paulo, 2014. Disponível em: legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16050-de-31-de-julho-de-2014/. Acesso em 01.08.2019.
- SÃO PAULO (Município). **Lei nº 16.402, de 22 de março de 2016**. Disciplina o parcelamento, o uso e a ocupação do solo no Município de São Paulo, de acordo com a Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014 – Plano Diretor Estratégico (PDE). São Paulo, 2016. Disponível em: legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16402-de-22-de-marco-de-2016. Acesso em 01.08.2019.
- SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2028122622018826000**. Relator Desembargador Pereira

Calças. Órgão Especial. Data de Julgamento: 27.03.2019. Data de Publicação: DJ. 10.04.2019.