

RD  
RD

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA  
BIBLIOTECA

# Revista de Direito Público

Repositório de Jurisprudência autorizado  
pelo Supremo Tribunal Federal sob n. 005/85

N. 81 — JANEIRO-MARÇO DE 1987 — ANO XX

TOMBAMENTO — REALIZAÇÃO DE OBRA PÚBLICA

MARCIO CAMMAROSANO

Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo

Ao ensejo de Ação Cautelar proposta pelo Ministério Público do Estado, com fundamento na Lei 7.347, de 24.7.85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, o MM. Juiz da 4.ª Vara dos Feitos da Fazenda Municipal da comarca desta Capital, concedeu medida liminar inaudita altera pars, no sentido de preservar as árvores existentes em redor da Praça das Guianas, proximidade das Ruas Argentina e Canadá.

As árvores protegidas pela liminar encontraram-se em área tombada pela Resolução 2, de 23 de janeiro desse ano, do Secretário da Cultura do Estado de São Paulo, e intertem, algumas delas, com as obras de implantação do chamado Corredor Santo Amaro-9 de Julho, já iniciadas.

A ação foi proposta contra a Prefeitura do Município de São Paulo, a C. Municipal de Transportes Coletivos — CMTCC, e a Firma Camargo Campos S/A — Engenharia e Comércio, responsável pela execução das obras.

Sustentase na inicial, em resumo, que "qualquer modificação no sistema do tracado viário, na cobertura vegetal e na volumetria", dentro da área tombada pela Res. 2, já referida, "deve necessariamente ser examinada e aprovada pelo órgão competente — o CONDEPHAAT", razão pela qual, ignorando os requeridos pedidos de esclarecimentos formulados por aquele Conselho, evidenciada está "a inequívoca intenção de prosseguir com as obras ilegalmente iniciadas".

Isto posto, solicita-se nossa manifestação quanto à matéria, tendo chegado às nossas mãos os elementos em anexo, bem como os estudos preliminares do paisagismo da obra. Assim sendo, condicionados pela urgência reclamada em função do exiguo, peremptório e fatal prazo judicial, bem como pelos elementos até agora colocados à nossa disposição, cabe-nos tecer as seguintes considerações:

**Tombamento**, na lição de Hely Lopes Meirelles, "é a declaração, pelo Poder Público, do valor histórico, artístico, paisagístico, cultural ou científico de coisas que, por essa razão, devem ser preservadas de acordo com a inscrição no livro próprio. É ato administrativo do órgão competente e não função abstrata da lei" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 10.ª ed., p. 539).

O tombamento, cujo fundamento encontra-se no art. 180 da CF, é, portanto, um ato administrativo mediante o qual a Administração Pública intervem na propriedade, com a finalidade de resguardar o interesse público. Por essa mesma razão, há de ser promovido com estrita observância da legislação que o disciplina, respeitados os direitos constitucionais de terceiros, e interpretado em consonância com as exigências do interesse público, tal como consagrado pelo ordenamento jurídico.

No caso em tela, o tombamento levado a efeito com a Res. 2, de 23.1.86, do Secretário da Cultura do Estado, teve por objeto áreas da cidade, compreendidas pelos Jardins América, Paulista e Paulistano, com a finalidade de preservar seu tracado urbano (ruas e praças), sua vegetação e linhas demarcatórias dos lotes (art. 1.º).

Nesse sentido, estabelece a Resolução, dentre outras restrições gerais, que "não serão permitidas alterações no sistema viário, bem como mudanças em guias e largura de calçadas, sem prévia autorização do CONDEPHAAT", e que "em caráter excepcional, o CONDEPHAAT poderá admitir o transplante de árvores, desde que justificado por memo-

COORDENAÇÃO

ADILSON ABREU DALLARI

CONSELHO EDITORIAL:

ALVARO BRANDÃO  
ARMANDO MARCONDES MACHADO JÚNIOR  
CARLOS AYRES BRITTO  
CARLOS PINTO COELHO MOTTA  
CLAUDIONOR DUARTE  
DIÓGENES GASPARIINI  
GISELE IVANI GUILHERME  
HELIO OUAGLIA BARBOSA  
IOÃO LUIZ TEIXEIRA NETO  
LUCIA VALLE FIGUEIREDO  
MARCIO CAMMAROSANO  
PAULO NEVES DE CARVALHO  
RAUL ARMANDO MENDES  
SERGIO LAZZARINI  
VERENA NYGAARD

rial descritivo do serviço a ser executado assinado por responsável técnico habilitado" (art. 3.º, § 1.º, 4 e 9).

Ocorre, todavia, que essas restrições de ordem geral — dirigida a primeira delas à Administração Pública, porque diz respeito a atividade de sua competência, e a segunda aos particulares e à Administração Pública, indistintamente — não de ser interpretadas, por razões de ordem sistêmica, em consonância com as demais. Assim é que merece especial atenção a restrição consubstanciada no n. 8 do § 1.º do art. 3.º da Resolução em exame, que incide apenas sobre novos projetos de construção, a eles se referindo expressamente.

Ora, a restrição consubstanciada no n. 8 do § 1.º do art. 3.º da Res. 2/86, como de resto as demais restrições da mesma natureza, não poderia mesmo atingir os novos projetos, vale dizer, aqueles que foram ou vierem a ser submetidos à aprovação, pelos órgãos competentes, após a efetivação do tombamento, sob pena de ofensa a direitos adquiridos, resguardados pela Constituição da República até mesmo contra a incidência de lei nova (CF, art. 153, § 3.º).

Não se causa a melhor doutrina em proclamar que concedida regularmente uma licença para edificar, e iniciada a construção, o seu titular tem direito adquirido a dela se utilizar, sendo inadmissível sua "revogação" ou "cassação", "sob a alegação de que mudou o interesse público ou de que alterou-se a legislação a respeito" (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, 1981, p. 181).

Assim é que, expedida regularmente uma licença para construir, e iniciada a construção, a superveniência de uma nova lei de edificações, de zoneamento ou qualquer outra em nada pode alterar o direito do seu titular, porque se trata de direito adquirido e, portanto, imune à incidência imediata da lei nova e, com maior razão, à incidência de qualquer outro ato de produção jurídica de nível hierárquico inferior, como um ato administrativo de tombamento.

No caso de tombamento superveniente e incompatível com a execução de uma obra regularmente licenciada e já iniciada, só resta um caminho para neutralizar a licença: a desapropriação do direito, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Ora, se isso é certo em se tratando de execução de obra particular, a ser erigida, portanto, em proveito do indivíduo, igual entendimento deve ser aplicado, e com maior razão, em se tratando de obra pública, a ser executada em proveito não deste ou daquele indivíduo, mas de toda a coletividade.

O simples fato de se tratar de obra pública, como a de que se cogita, não põe diretamente a questão. Se por acaso a obra em discussão consistisse na construção de um edifício público, uma escola por exemplo, não se haveria de dar a mesma solução que se daria em se tratando de uma escola particular?

Municípios e respectivas empresas, como pessoas jurídicas que são, também titularizam direitos oponíveis inclusive contra as denominadas entidades estatais maiores.

A Administração Municipal tem o direito de, no exercício de sua competência, assegurar constitucionalmente, realizar obras públicas que digam respeito ao seu peculiar interesse. Uma vez elaborado o projeto, realizada a licitação, contratada a empreiteira e iniciada a execução do projeto, ato administrativo superveniente de outra esfera governamental não tem eficácia impeditiva ou condicionadora da obra, ressalvada a regular expressão dos direitos adquiridos dela emergentes, inclusive aquele que beneficia a empreiteira regularmente contratada.

E é este o caso em tela.

Investindo recursos de grande monta, esta Companhia elaborou projeto, promoveu licitação (Edital de Convocação Geral n. 134/84) e contratou empreiteira que deu início às obras, e tudo isso ainda no decorrer do ano passado (Contrato 85/118, firmado em 15.8.85), bem antes, portanto, de ser baixada a Resolução de tombamento dos "Jardins". Além do mais, consoante se verifica pelos estudos de paisagismo realizados, foi previsto plano de arborização destinada a preservar ao máximo os exemplares existentes, cuidando-se inclusive do plantio de novos exemplares e do transplante de vital importância para o sistema de transporte coletivo da cidade — sistema de trilôchus.

De qualquer forma, verifica-se que se trata de implantação de um "corredor" íncapaz, ao que tudo indica, de desfigurar a enorme área objeto do tombamento.

Por outro lado, não há que se confundir dano puro e simples ao meio ambiente ou a bens de valor paisagístico, ensejador da ação cautelar prevista no art. 4.º da Lei

7.347/85, com a execução de obra pública imprescindível ao atendimento da crescente demanda de eficientes sistemas de transportes coletivos de uma das maiores metrópoles do mundo, de execução de obra pública aproveitando o sistema já existente, a reclamar apenas adaptações ao sistema em implantação, com o mínimo possível de interferência nas características das áreas tombadas.

Observamos, finalmente, que em se tratando da execução de um projeto elaborado ainda na gestão anterior — no regime de Prefeito da Capital nomeado pelo Governador do Estado, embasado na necessidade de compatibilização das ações governamentais de ambas as esferas de governo — é de se supor a existência dessa compatibilidade entre o projeto em execução, de responsabilidade da Administração Municipal, com a proteção paisagística dos "Jardins", por iniciativa do Governo do Estado.

Não se pode conceber ambas as iniciativas senão como iniciativas que se conjugam, que se completam, que se conciliam, que se ajustam.

Não se pode conceber que o Excelentíssimo Sr. Secretário da Cultura, ao baixar o ato administrativo de tombamento (cuja eficácia, diga-se de passagem, só tem lugar após ultimados todos os atos subsequentes e necessários, como o seu registro ou assento em livro próprio, do que não há, segundo nos informaram, prova nos autos da ação cautelar), tenha querido inviabilizar, dificultar, embarrasar ou procrastinar a execução de um projeto que, sob certo aspecto, o Estado avalizou, porque elaborado, em última análise, por uma Administração presidida por um agente nomeado pelo próprio Governador.

Urge, portanto, em atenção ao mesmo princípio da continuidade do serviço público, pleitear-se, pelos meios judiciais cabíveis, a insubsistência da liminar concedida, que não pode prosperar, seja porque a implantação do Corredor Santo Amaro-9 de Julho é direito adquirido da Administração Municipal, imune à Res. 2/86, seja porque ambas as iniciativas presumem-se compatíveis, seja em razão da impostergável necessidade de celerar a implantação de um serviço público essencial.

São estas as rápidas considerações que submetemos à apreciação superior.