

**PARECER**

**ASSUNTO:** Tombamento. Restrições sobre área de entorno, afetando licenças para construir anteriormente concedidas. Necessidade de respeitar os direitos adquiridos.

Diante dos fatos a seguir expostos, foi solicitado nosso parecer a respeito das consequências do Inquérito Civil Público promovido pelo Ministério Público Federal visando proteger área de entorno de Parque tombado nos âmbitos estadual e municipal e na qual se

pretende construir edifícios, com licença já concedida pela Prefeitura Municipal de São Paulo.

**I — DOS FATOS**

A Prefeitura Municipal de São Paulo concedeu Alvarás de Aprovação e de Execução de edifícios em terreno situado na área de entorno de parque tombado.

O proprietário já adotou as providências a seguir mencionadas.

*Junto à Prefeitura Municipal de São Paulo*, obteve:

a) certidão de diretrizes para desmembramento da área, emitida em outubro de 1994;

b) certificado para anuência prévia concedido em novembro de 1994;

c) alvará de desmembramento de gleba, expedido em abril de 1995, do qual consta que qualquer aprovação de edificações, para os lotes resultantes do presente desmembramento, deverá ser submetida previamente ao CONDEPHAAT, devido a faixa *non aedificandi* e faixas de gabaritos para o terreno, bem como ao DEPAVE, devido à vegetação existente, cadastrada e descrita no Doc. de vegetação significativa do Município de São Paulo;

d) apostilamento, em novembro de 1995, do mesmo alvará de desmembramento, para constar que o projeto de arborização de áreas verdes, já aprovado pelo DEPAVE, faz parte integrante do memorial descritivo já aprovado pela Prefeitura;

e) alvará de demolição dos prédios existentes no terreno, expedido em julho de 1995 (o que já foi efetuado);

f) alvarás de aprovação de edificação de prédios residenciais, expedidos em abril de 1996.

*Junto ao CONDEPHAAT* (Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado), foram obtidos:

a) ofício expedido em março de 1994, fornecendo cópia de documento onde consta marcação das cotas limites das áreas com restrições de gabaritos estabelecidos pelo órgão para o aludido lote; tais cotas já haviam sido estabelecidas anteriormente, no Processo CONDEPHAAT nº 21.821/81, da seguinte maneira:

— na faixa de terreno de 30 m de largura paralela à Rua A limitando com a área livre proposta, será permitida construção até 12 m de altura;

— serão respeitados os recuos previstos na legislação para a Rua B, tomando-se como referência a linha de divisa da faixa de terreno acima referida com a área livre;

— para a área remanescente do terreno será

permitida construção até 48m de altura, respeitados os recuos previstos na legislação para a Rua B e para a Rua A.

b) aprovação da demolição das construções existentes no terreno, bem como do desmembramento.

c) aprovação da construção dos edifícios residenciais;

*Junto à Secretaria de Estado da Habitação*, foi obtida:

— declaração de anuência prévia quanto ao desmembramento, expedida em fevereiro de 1995.

*Junto ao CONPRESP* (Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo), foi obtida:

— aprovação das construções.

Cabe assinalar que o proprietário, após ter se certificado do conteúdo das normas fixadas pelo CONDEPHAAT para construção dos prédios na área de entorno, celebrou com empresas imobiliárias compromisso de venda e de novação de dívida mediante pacto de dação em pagamento, em uma operação que envolveria a venda do terreno, a demolição do edifício, o desmembramento do terreno, a construção dos prédios de apartamento, a dação de unidades ao proprietário como pagamento do terreno. Todas essas operações faziam parte de um só compromisso, objeto de um único instrumento, celebrado de boa fé em face de normas adotadas pelo CONDEPHAAT para a área de entorno do Parque e em face de outras construções existentes na mesma área, edificadas com aprovação daquele mesmo colegiado.

Assim é que já foi efetuada a demolição do edifício que havia na área; já foi efetuado o desmembramento da área com o respectivo registro; em consequência, já passou para o domínio público do Município a área *non edificandi* destinada a equipamentos urbanos, nos termos dos artigos 5º e 22 da Lei nº 6.766, de 19.12.79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

### 3. Do inquérito civil

Todas essas providências já tinham sido adotadas quando a Procuradoria da República instaurou inquérito civil público para apuração de responsabilidade, bem como para as

providências legais junto ao IPHAN, CONDEPHAAT e Prefeitura Municipal de São Paulo, visando a prevenção de qualquer ato que importe em dano ao patrimônio histórico em apreço. Tal inquérito ainda está em andamento.

## II — DO DIREITO POSITIVO

A decretação do tombamento constitui matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista que o artigo 23, inciso III, da Constituição da República atribui a todos os entes a competência para “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”; com relação aos Municípios ainda é prevista competência para “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (artigo 30, inciso IX).

E também a competência para legislar sobre tombamento é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, por força do artigo 24, inciso VII, da Constituição Federal, cabendo ainda aos Municípios legislar a respeito, em decorrência do já citado artigo 30, inciso IX.

Na esfera federal, a matéria está disciplinada pelo Decreto-lei nº 25, de 30.11.37, cujo artigo 18 estabelece restrições sobre os imóveis vizinhos aos bens tombados, nos seguintes termos:

“Art. 18 — Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.”

No âmbito do Estado de São Paulo, o artigo 1º do Decreto-lei Complementar nº 2, de 15.8.69, determina que “para a preservação dos locais a que se refere o art. 127 da Constituição Estadual, os municípios não poderão aprovar construções e loteamentos ou a insta-

lação de propaganda painéis, dísticos, cartazes, ou semelhantes, em zonas declaradas de interesse turístico estadual, ou na vizinhança de bens tombados, *que contrariem padrões de ordem estética* fixados pelo Governo do Estado.”

Além disso, o Decreto nº 13.426, de 16.3.79, em seus artigos 137 e 138, definiu a área sobre a qual os imóveis vizinhos ficam sujeitos a restrições, compreendida num raio de 300m em torno da coisa tombada.

No Município de São Paulo, a Lei nº 10.032, de 27.12.85, deu ao Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo — CONPRESP, a competência para “definir a área de entorno do bem tombado a ser controlado por sistemas de ordenações espaciais adequadas” (artigo 2º, inciso V) e estabeleceu, no artigo 10, que “o tombamento de qualquer bem cultural ou natural requer a caracterização da delimitação de um espaço envoltório, dimensionado caso a caso por estudos do corpo técnico de apoio”; pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, “os estudos serão encaminhados simultaneamente com o respectivo processo e aprovados pelo Conselho, levando-se em conta a ambiência, visibilidade e harmonia”.

Verifica-se, portanto, que nas esferas federal e municipal a lei não delimita a área que, por estar ao redor de coisa tombada, fica sujeita a restrições, nem o tipo de restrição; e a lei estadual fixa em 300m a área, porém também não estabelece quais as restrições possíveis. Existe, portanto, grande margem de apreciação por parte dos órgãos técnicos competentes, que devem manifestar-se, em cada caso de tombamento, sobre as restrições que incidirão sobre os imóveis vizinhos.

O terreno de propriedade do consulente está situado nas proximidades do Parque tombado pelo Estado de São Paulo em 1975.. Por isso mesmo, foi necessária a manifestação do CONDEPHAAT a respeito das restrições que incidiriam sobre a área, tendo o órgão aprovado o projeto de construção.

O mesmo ocorreu com relação ao CONPRESP, tendo em vista que o Município também tombou a mesma área.

Não foi solicitada aprovação do órgão técnico da União — Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), porque não havia sido efetuado o tombamento da mesma área na esfera federal.

No entanto, conforme consta dos autos do Inquérito Civil, a Procuradoria da República, por ofício dirigido ao Presidente do IPHAN em maio de 1996, *recomenda* o tombamento do bem e as medidas necessárias para proteção do entorno; e, embora se trate de simples *recomendação*, acena com a possibilidade de ofensa ao artigo 11, inciso II, da Lei 8.429/92 (que define os atos de improbidade administrativa) e estabelece um prazo de 20 dias para atendimento da recomendação.

Ainda pelos elementos de instrução que constam do Inquérito Civil, verifica-se que o IPHAN, filiado ao Ministério da Cultura, efetua agora o tombamento da mesma área tombada pelo Estado e pelo Município.

Para essa finalidade, já foi feita notificação de tombamento ao sr. Prefeito Municipal, com base “no artigo 5º do Decreto-lei nº 25, de 30.11.37, pelo que passa a gozar da proteção especial do Poder Público Federal, por meio do IPHAN, para os efeitos previstos notadamente nos artigos 17 e 18 do diploma legal citado”.

Saliente-se que o artigo 5º do Decreto-lei 25, que serviu de fundamento para a notificação, cuida do tombamento “*ex officio*”, que ocorre quando a medida incide sobre bens de propriedade da União, Estados e Municípios, não se instaurando, portanto, o procedimento que a lei estabelece para o tombamento compulsório sobre a propriedade particular.

Não consta da notificação notícia quanto à conclusão do tombamento, o que ocorre com a inscrição no Livro do Tombo; mas é certo que, independentemente dessa inscrição, as restrições já incidem sobre os imóveis mencionados na notificação e sobre os imóveis vizinhos. Isto em decorrência do artigo 10 do Decreto-lei 25/37, assim redigido:

“Artigo 10 — O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notifica-

ção ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.

Parágrafo único — Para todos os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equiparará ao definitivo.”

Ainda graças à insistência do Ministério Público Federal, o CONDEPHAAT houve por bem reabrir a questão, inexistindo ainda decisão final a respeito. Conforme se verifica por sua manifestação, o órgão está preocupado com as conseqüências jurídicas de uma eventual alteração do ato que aprovou a construção dos prédios na área de entorno do Parque.

### III — DA CONSULTA

Diante dos elementos expostos, os principais problemas jurídicos que se colocam são:

a) tendo sido outorgada validamente licença para construir, após aprovada a construção pelo CONDEPHAAT e pelo CONPRESP, é cabível ainda a revisão de tais atos, por razões de interesse público?

c) em ocorrendo tal revisão, quais os direitos do proprietário?

c) pode um tombamento efetuado posteriormente à outorga da licença afetar o direito de construir?

d) tratando-se de assunto da competência comum da União, Estados e Municípios, perante quem devem ser pleiteados os direitos eventualmente lesados?

### IV — PARECER

#### 1. Da revisão dos atos de outorga

A Administração Pública dispõe do chamado poder de AUTOTUTELA, que a autoriza a rever os seus atos, quer para *anulá-los* quando eivados de nulidade, quer para *revogá-los* quando se tornarem contrários ao interesse público. Trata-se, no entanto, de poder que não pode ser exercido de forma ilimitada.

Nos termos da súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal, “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de ví-

cios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial”.

No caso específico de que se trata, não se cogitou, até o momento, da revisão da licença para construir, outorgada pela Prefeitura, já que a mesma foi emitida validamente, dentro da competência do Município para decidir a respeito.

Contudo, o CONDEPHAAT, instado pela Procuradoria da República, reabriu a questão, havendo manifestações, dentro do órgão, contrárias à construção dos sete prédios residenciais, objeto de aprovação anterior.

Resta indagar se essa revisão envolveria o aspecto de *legalidade* ou de *mérito* (oportunidade ou conveniência).

Não há qualquer indício de irregularidade no ato pelo qual o CONDEPHAAT aprovou a construção dos referidos edifícios. É importante realçar que tal aprovação foi dada com observância das normas para construção no entorno do Parque fixadas pelo mesmo colegiado desde longa data, ou seja, desde 1981. Por outras palavras, em relação ao projeto atual de construção, o CONDEPHAAT limitou-se a aplicar aquelas normas.

Aliás, com base nas mesmas normas, vários edifícios já foram construídos na mesma área de entorno, com aprovação do CONDEPHAAT.

Afastada, portanto, a possibilidade de invalidação, por vícios de ilegalidade, da aprovação dada pelo CONDEPHAAT, há que se analisar o assunto sob o ponto de vista da *revogação*. Partindo-se do conceito de revogação como o desfazimento de ato lícito, por razões de mérito (oportunidade ou conveniência em face do interesse público a proteger), há dois aspectos a realçar:

(a) o da revogação do ato normativo que definiu os critérios de construção na área de entorno;

(b) o da revogação do ato específico de aprovação da construção na área de entorno.

Sob o primeiro aspecto, não se pode negar ao CONDEPHAAT o poder de rever, por razões de mérito, as normas aprovadas em 1981,

se entender que elas não estão protegendo convenientemente o interesse público. *PO-RÉM, É CERTO QUE AS NOVAS NORMAS PASSARÃO A VIGORAR A PARTIR DA DATA EM QUE FOREM ESTABELECIDAS*. Se nem mesmo a lei pode atingir direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, em decorrência da norma do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, muito menos pode fazê-lo um ato normativo emanado de autoridade do Poder Executivo. Além disso, como a revogação atinge atos válidos, ela tem que respeitar os efeitos já produzidos; a revogação, por sua própria natureza, sempre produz efeitos “*ex nunc*”, ou seja, a partir da data da revogação; e isto é correto quer em relação aos atos normativos, de efeitos gerais, quer em relação aos atos individuais.

Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro* (São Paulo: Malheiros, 1996, p. 185), afirma que os atos administrativos *gerais* “têm missão normativa assemelhada à da lei, não objetivando situações pessoais. Por isso mesmo, não geram, normalmente, direitos subjetivos individuais à sua manutenção, razão pela qual *OS PARTICULARES NÃO PODEM OPOR-SE À SUA REVOGAÇÃO, DESDE QUE SEJAM MANTIDOS OS EFEITOS JÁ PRODUZIDOS PELO ATO*” (grifamos).

Pode, portanto, o CONDEPHHAT alterar as normas de construção na área de entorno do referido Parque, mas tem que respeitar os direitos adquiridos na vigência da norma anterior. Por outras palavras, a revogação não pode produzir efeitos retroativos.

Quanto ao segundo aspecto, há que se ressaltar que, em princípio, a aprovação específica dada ao proprietário para a construção na área de entorno não pode ser revogada. Isto porque a aprovação de construções na área de entorno, sob o ponto de vista do gabarito, tinha caráter de *ato vinculado*. Com efeito, se existia um ato administrativo normativo que estabelecia as normas a serem adotadas por todos os que tivessem imóveis na referida área, esse ato normativo tinha que ser aplicado de igual modo a todos os projetos submetidos ao colegiado. Os atos de caráter norma-

tivo vinculam o próprio órgão que o emitiu, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Desse modo, o CONDEPHAAT, ao elaborar referidas normas estabelecendo restrições para a área de entorno, se auto-vinculou. Diante de projetos apresentados para sua aprovação, só lhe cabia verificar se estavam ou não em consonância com as normas pre-estabelecidas. Em caso afirmativo, tinha que dar necessariamente a aprovação. Daí tratar-se de ato vinculado, que, regularmente praticado, investiu os seus destinatários em *direito subjetivo* e não em mero interesse revogável a critério da Administração.

Um dos limites à revogação dos atos administrativos é precisamente o de não poder atingir os atos vinculados, exatamente porque eles geram direitos subjetivos. Não é por outra razão que a súmula 473, do STF, já referida, diz, em sua parte final, que a revogação deve respeitar os direitos adquiridos.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que, se a Administração quiser revogar um ato vinculado para proteger determinado interesse público, essa revogação equivale à *desapropriação de direito*.

Veja-se o que diz a esse respeito o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1995, p 268:

“A revogação, *quando legítima*, de regra, não dá margem a indenização...Quando, pelo contrário, inexistente o poder de revogar mas a Administração necessita, para atender a um interesse público, rever certa situação e afetar relação jurídica constituída, atingindo *direito* de alguém (não meras faculdades ou expectativas), a solução é *expropriá-lo*.”

No pensamento do autor, “não cabe à Administração decidir que revoga e remeter o lesado às vias judiciais para composição patrimonial dos danos. Isto corresponderia à ofensa de um direito e à prática de um ato ilegítimo que o Judiciário *deve* fulminar se o interessado o requerer.” E o autor exemplifica exatamente com a hipótese de revogação da licença para construir:

“Assim, depois de concedida regularmente uma licença para edificar e iniciada a construção a Administração não pode “revo-

gar” ou “cassar” esta licença sob alegação de que mudou o interesse público ou de que alterou-se a legislação a respeito. Se o fizer, o Judiciário, em havendo pedido do interessado, deve anular o ato abusivo, pois cumpre à Administração expropriar o direito de construir naqueles termos.”

Hely Lopes Meirelles, mencionando também o entendimento de Caio Tácito, afirma (ob. cit., p. 186):

“*Quid juris* se um ato operante e irrevogável torna-se inconveniente ao interesse público? A nosso ver, a situação só poderá ser solucionada pela supressão do ato mediante indenização completa dos prejuízos suportados pelo seu beneficiário. Isto porque, se, de um lado, não pode o particular manter situações prejudiciais ao interesse público, de outro, não é lícito ao Poder Público suprimir direitos e vantagens individuais, adquiridos legitimamente pelo particular. Essa situação patenteia-se mui comumente na prática, quando, após a expedição de uma licença para construir, resolve a Prefeitura alargar a via pública ou realizar qualquer outra modificação no traçado urbano que impeça a construção nos moldes aprovados. Neste caso, poderá ser revogada a licença regularmente expedida, para impedir a edificação desconforme com os planos urbanísticos da Municipalidade, mas terá o particular direito à composição de todos os danos decorrentes do desfazimento do ato administrativo de que era legítimo beneficiário. E esta composição patrimonial se fará ou por via expropriatória ou por via indenizatória comum, conforme o caso ocorrente.”

Também na jurisprudência o mesmo entendimento é adotado desde longa data. Merece especial menção acórdão proferido pela 2ª Turma do STF no Recurso Extraordinário 85.002, tendo como relator o Ministro Moreira Alves. Na oportunidade, o Ministro Cordeiro Guerra proferiu o seu voto em termos que merecem ser transcritos:

“Não há dúvida de que o Poder Público tem o poder de polícia, o poder de zoneamento, a mais ampla competência para dispor como os proprietários de certas zonas podem usar os

seus terrenos, no que diz respeito às conveniências da coletividade.

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

Quem obtém ilegalmente uma licença não pode postular a sua validade. Considero esta licença cancelável, porque nula, por fraude à lei e, portanto, não gera direito algum. Mas, se a licença, o alvará foi concedido de conformidade com a lei, para mim não precisa, como também para o eminente Min. Moreira Alves, que a obra se execute. Dentro do prazo de validade dela, tem o proprietário, que a licenciou de acordo com a lei, com absoluta observância da lei, o direito de construir, porque está usando a sua propriedade de acordo com o C.C., de acordo com a lei vigente. O Estado, depois de concedida a licença, de conformidade com a lei, não pode argüir que é da conveniência coletiva revogá-la. Primeiro, porque essa conveniência coletiva não pode sobrepor-se ao C.C., que é uma decorrência da Constituição; e, segundo, porque não pode eliminar o direito de propriedade e também o direito que ela própria reconheceu; a conveniência que está na lei, que foi observada na concessão da licença. Quando ela revoga a licença concedida, diz que o faz em nome do interesse público. Mas, em nome de que havia concedido a licença? Não foi de acordo com o interesse público?

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

Entendimento semelhante é adotado em

inúmeros outros acórdãos, conforme fartamente demonstrado por Yussef Said Cahali, em sua obra *Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 392/404; pelos mesmos se verifica que dois pontos estão assentes: (a) a revogação por motivo de interesse público é possível enquanto não iniciada a obra; (b) embora se reconheça a possibilidade de revogação, fica o poder público obrigado à reparação do dano. O fundamento da responsabilidade civil, no caso, é o artigo 37, § 6º, da Constituição.

A conclusão é, portanto, no sentido de que, revogada, pela Prefeitura, a licença para construir, ou revogados os atos de aprovação pelo CONDEPHAAT ou CONPRES P, surge para os interessados o direito à indenização por perdas e danos.

No caso específico de que se trata, os alvarás dados pela Prefeitura e as aprovações do CONDEPHAAT e CONPRES P já desencadearam uma série de providências que tornam a situação difícil e, sob certo aspecto, impossível de ser revertida; com efeito, *já foi demolido o prédio que estava construído no local, privando o proprietário da renda mensal decorrente da locação do imóvel; já foi efetuado o desmembramento; já foi transferido para o patrimônio público municipal a parte do terreno destinada a serviços públicos, como o exige a lei que disciplina o parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766/79).*

## *2. Conseqüências de tombamento posterior sobre as licenças já concedidas*

Conforme demonstrado, já tinham sido concedidas a licença pela Prefeitura e a aprovação pelo CONDEPHAAT e pelo CONPRES P quando o IPHAN fez a notificação de tombamento do Parque e fixou, para a área de entorno, o gabarito de 12 metros de altura.

Note-se que a Prefeitura, ao conceder o alvará de desmembramento de gleba, expedido em abril de 1995, dele fez constar expressamente que qualquer aprovação de edificações para os lotes resultantes do desmembramento, deveria “ser submetida previamente ao CONDEPHAAT...”

Essa exigência foi atendida pelo proprietário, de tal modo que, ao obter a *licença para construir* em abril de 1996, já tinha sido ob-

tida previamente a *aprovação pelo CONDEPHAAT em abril de 1994*.

Note-se também que, antes mesmo de qualquer providência para o desmembramento e para a demolição do prédio existente na área, houve o cuidado de solicitar a prévia manifestação do CONDEPHAAT, oportunidade em que se obteve informação sobre as normas existentes desde 1981, definindo o gabarito para a área.

Nenhuma restrição havia no âmbito federal.

Vale dizer que a licença foi concedida legalmente e que, portanto, as empresas construtoras estão investidas do direito de construir.

Se o IPHAN quiser obstar a construção, deverá embargá-la judicialmente; do mesmo modo o Ministério Público Federal, já que nenhum dos dois tem poder para impedir o proprietário de exercer um direito que lhe foi legitimamente concedido. Aliás, até o momento, nenhuma notificação foi feita pelo IPHAN, com vistas a impor o novo gabarito para a área. Na notificação de tombamento feita à Prefeitura, o IPHAN lembra a necessidade de que os *“projetos a serem licenciados”* observem as restrições decorrentes do tombamento, *“in verbis”*:

*“Em face da responsabilidade desse Município em expedir licenças de obras, construções e demolições nas áreas acima mencionadas, solicito considerar, com base no exposto, a necessidade da manifestação e aprovação prévias por parte de nossa 9ª Coordenadora, Dra. Cecilia Rodrigues dos Santos, dos projetos a serem licenciados para o referido conjunto, bem como na vizinhança.”*

*Verifica-se, portanto, que a recomendação se faz em relação aos projetos “a serem licenciados”, nada acrescentando em relação às licenças já concedidas.*

### *3. Entidade responsável pela indenização*

Em caso de ser adotada alguma providência que afete o direito de construir, já reconhecido por ato lícito, a responsabilidade caberá ao ente que impuser a nova restrição. No âmbito municipal, não se tem notícia de que se cogite de eventual revogação da licença já concedida.

No âmbito do CONDEPHAAT, no entanto,

a revisão das normas elaboradas em 1981 para a área de entorno está sendo cogitada. Se o fizer com efeito retroativo, de modo a atingir a licença já concedida, será o Estado o responsável pela indenização.

Se for o IPHAN que resolver dar efeito retroativo às restrições, será a esfera federal a responsável pela indenização.

Vale dizer que responsável será a pessoa jurídica que adotar a decisão de impedir a construção, total ou parcialmente. A esse respeito, é interessante mencionar decisão da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, envolvendo a chamada *“Casa Modernista”*. Embora a Prefeitura tivesse indeferido alvarás de demolição e construção, ela o fez à vista da instauração de processo de tombamento pelo Estado de São Paulo. Foi excluída a sua responsabilidade nos seguintes termos:

*“A Prefeitura nada mais fez que agir em conformidade com os termos da notificação que recebera e da legislação em vigor, aos quais, a rigor, nada acrescentou. Ora, em termos de responsabilidade civil da Administração, mostra-se, igualmente, imprescindível a relação de causa e efeito entre o ato que se pretende lesivo e o dano sobrevindo, a qual não se estabelece quando o fato, embora pudesse ensejar o dano, se apresenta indiferente à sua produção, tal como ocorre na hipótese em exame relativamente às providências tomadas pela Prefeitura. Poder-se-ia dizer que a Municipalidade apoiou a ação da autoridade estadual e tomou providências que se destinavam a assegurar o sucesso dessa ação, mas não que essas mesmas providências foram a causa do prejuízo. Por outras palavras, a Municipalidade agiu de maneira solidária à ação da autoridade estadual, mas no sentido vulgar do termo, não no sentido jurídico, que poderia implicar solidariedade na obrigação de indenizar. Bem por isso, não pode a Prefeitura ser responsabilizada pelo dano decorrente ao ato de tombamento, devendo, assim, ser excluída da lide e da condenação. Pela mesma razão, aliás, nenhuma influência pode ter na relação processual o tombamento posterior pela União, o qual foi decretado pelo Ministro da Cultura em 27.6.86, muito tempo depois do tombamento definitivo pelo Estado, ocorrido*

em 23.10.84. Evidente que o ato da autoridade federal já encontrou concretizado o prejuízo alegado, correspondente ao esvaziamento do direito de propriedade, motivo pelo qual o mesmo sequer pode ser considerado como condição necessária do dano.” (apud Yussef Said Cahali, ob. cit., p. 588).

Tal entendimento se justifica em face da regra da *responsabilidade objetiva* consagrada no artigo 37, § 6º, da Constituição. Ela incide sobre a pessoa jurídica cujo agente praticou o ato gerador do dano; em uma hipótese como a acima figurada, a Prefeitura foi apenas o instrumento para consecução do objetivo pretendido pelo Estado, pois, tendo sido notificada do tombamento que incidia sobre o imóvel, a partir daí não poderia mais conferir licença para demolição do prédio tombado e construção de novo prédio. Por outras palavras, como a Prefeitura é competente para a outorga de licenças para demolir e construir, ela acaba atuando, de certo modo, como fiscal dos bens tombados, para impedir quaisquer demolições e construções que danifiquem o bem. Mas ela não pode ser responsabilizada

civilmente por uma decisão que seja tomada em outra esfera de governo.

#### 4. *Conclusões*

À vista do exposto, concluímos:

1. A revogação de ato vinculado não pode ser feita com ofensa a direitos adquiridos, consoante decorre da súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

2. A chamada “revogação” da licença para construir equivale à desapropriação de direito, obrigando o poder público a indenizar o proprietário.

3. O tombamento efetuado posteriormente à outorga da licença não pode atingir atos jurídicos perfeitos.

4. Competente para apreciar eventuais lesões a direitos adquiridos será a pessoa jurídica de direito público que tomar a iniciativa da prática do ato lesivo.

São Paulo, 10 de novembro de 1996.

*Maria Sylvia Zanella Di Pietro*

Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP