LICENÇA PARA CONSTRUIR — "ZONING" — ATO DO PREFEITO — DELEGAÇÃO DE PODERES

— Cabe à Câmara Municipal de São Paulo legislar sôbre licenças para edificações de qualquer natureza.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Recorrido: Ângelo Nicolelis
Recurso *ex officio* n.º 23.575 — Relator: Sr. Desembargador BARBOSA PEREIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso *ex officio* n.º 23.575, da comarca de São Paulo, em mandado de segurança, sendo recorrente o Juízo de Direito dos Feitos da Fazenda Municipal e recorrido Ângelo Nicolelis: Acordam, em Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

O caso é simples e, tanto neste Tribunal como no egrégio Tribunal de Justiça, o ponto de vista brilhantemente sustentado na decisão recorrida tem sido a tese vencedora (*Revista dos Tribunais*, vols. 250/508, 264/608 e 265/523), isto é, "com o advento da Lei Orgânica dos Municípios, de 1947, deixou de vigorar o dispositivo da Lei Municipal n.º 3.571, de 1937, que facultava a extensão das exigências do Código de Obras, no que concerne ao "zoneamento", por ato do Prefeito".

Assim, o ato do Prefeito de São Paulo, n.º 2.722, de 1954, que serviu de apoio à decisão que indeferiu a pretensão do impetrante, não podia subsistir.

O não provimento do recurso oficial, em conseqüência, pelos brilhantes fundamentos da sentença de fls., era a decisão que se impunha. Aliás, a ausência de recurso da Municipalidade está indicando que ela já se curvou ao entendimento sustentado pelo MM. Juiz.

São Paulo, 21 de maio de 1958. — *Barbosa Pereira,* Presidente e Relator. — *Washington de Barros Monteiro.* — *Young da Costa Manso.*

*

DECISÃO RECORRIDA

Vistos.

1. Ângelo Nicolelis impetrou segurança contra ato do Chefe da Divisão de Aprovação de Plantas, da Municipalidade de São Paulo, de indeferimento de alvará de construção de um edifício, com pavimento térreo e mais três andares, à rua Gaspar Lourenço, nesta Capital.

Processado o pedido, com informações do impetrado, intervenção da Municipalidade como assistente, e manifestação do Ministério Público, foi denegado.

Inconformado, agravou o impetrante.

2. Procede o recurso.

O indeferimento da pretensão do impetrante pelo impetrado fundou-se no Decreto n.º 2.722, de 1954, que estendeu ao local onde visa a construir, as restrições do art. 40 do Código de Obras.

A Lei Municipal n.º 3.571, de 1937, permitiu, é certo, a extensão das exigências e restrições, previstas naquele dispositivo, a vias públicas que, por ato do Prefeito fôssem consideradas, total ou parcialmente, de caráter residencial.

Acontece, porém, que, com o advento da Lei Orgânica dos Municípios (Lei n.º 1, de 1947, renumerada a partir do art. 16 pela Lei n.º 2.081, de 1952), passou a competir à Câmara Municipal a competência privativa para regulamentar as construções de qualquer natureza.

É assim que "cabe à Câmara Municipal legislar, com a sanção do Prefeito, sôbre as matérias de competência do Município" (art. 38, *caput*), entre as quais se encontram as de "regulamentar as construções de qualquer natureza" (art. 22, § 1.º, n.º VIII), de "dispor sôbre o uso das áreas urbanas, regulamentando o zoneamento, particularmente quanto à localização de fábricas, oficinas, depósitos e instalações que interessem à saúde, à higiene, ao sossêgo, ao bem-estar e à segurança pública" (art. 22, § 1.º, n.º IX), bem como de "prover sôbre a defesa estética da cidade, regulamentando os estilos e o equilíbrio das massas das edificações" (art. 22, § 1.º, n.º XI).

Como salientou o eminente Des. Paulo Barbosa, em magnífico voto no mandado de segurança n.º 82.545, de São Paulo, "criar restrições ao direito de construir é matéria essencialmente legislativa, havendo até autoridades que a reservam à competência da União" (Azevedo Marques, na *Revista dos Tribunais*, vol. 144-3) ou que reconhecem ao Município poder regulamentar limitado (Mário Masagão, voto vencido na mesma *Revista*, vol. 100/414). E que é matéria legislativa — prossegue — vê-se por exemplo, de Marcel Waline, quando trata dos planos de *extension et d'aménagement des villes*, sempre resultantes, segundo êle, de "leis", que poderes conferem às autoridades administrativas tendo em vista a realização de obras de urbanismo (*Droit Administratif*, ed. de 1936, pág. 532). E também da lição de Planiol-Ripert, quando cuidam das limitações trazidas ao direito de propriedade *dans un intêret public*, ensinando, então, que "a lei" é que pode editar as restrições que lhe pareçam acertadas, obrigue ou não o Poder Público a indenizar. E se é certo que se referem linhas adiante, às restrições chamadas "regulamentares", certo, também, é que advertem: *lorsque le reglement intervient a l'ocasion d'une loi determinée, il ne peut que préciser les restrictions apportées par cette loi a l'exercice du droit de proprieté, sans y rien ajouter* (*Traité de Droit Civil Français*, vol. III, ns. 414 e 415). E conclui: "só a lei, portanto, pode trazer restrições ao direito de propriedade, permitindo ao regulamento apenas "precisar" as restrições legais, nada lhe acrescentando".

Nem seria possível, ponderou judiciosamente a egrégia Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, decidindo caso semelhante, em acórdão da lavra do ilustre Batalha de Camargo, "que, por ato exclusivo do Prefeito, ao sabor das facilidades dos decretos regulamentares, fôssem ampliadas as restrições ao direito de edificar, suscetíveis de causar graves lesões ao direito de propriedade, sem que os munícipes, pela edilidade que os representa, pudessem debater o

plano de zoneamento e fazer ouvir as suas razões (*Revista dos Tribunais*, vol. 265/526).

Por isso, bem andou, como se viu, a Lei Orgânica dos Municípios em colocar as restrições ao direito de edificar dentro da esfera de competência da Câmara Municipal, atenta ao âmbito da autonomia assegurada aos Municípios pelo art. 28 da Constituição federal.

Daí pretender-se justificar, no caso, a delegação de poderes contida na Lei municipal n.º 3.571, de 1937, com a lição de Finlay e Sanderson, transcrita por Castro Nunes, de que "o Congresso não pode delegar ao Executivo o poder de fazer uma lei; mas pode fazer uma lei com a delegação do poder de determinar certos fatos ou um estado de coisas de que dependa, nos têrmos que ela mesma estatuiu, a sua execução ou eficácia" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 25/3).

Diga-se desde logo, que o magistério não se aplica, *data venia*, à espécie judicanda, visto como, inexistente qualquer critério ou diretiva do Legislativo, a extensão de restrições a vias públicas, indiscriminadamente, por ato do Executivo, refoge aos limites da delegação admissível de poderes, restrita à verificação de fato ou estado de coisas previsto em lei.

Por outro lado, a Constituição vigente, como a francesa, veda, ao contrário do direito norte-americano, a delegação de poderes (art. 36, § 2.º).

Aliás, nos Estados Unidos omissa é a Constituição na matéria, sendo a proibição da delegação irrestrita de poderes uma criação judicial, calcada na doutrina do *delegat potestas non potest delegatti*, e no princípio da separação e independência dos poderes (Corwin, *The Constitution and What it Means Today*, 11.ª ed., págs. 4 e 5; Schwartz, *Le Droit Administratif Américan*, págs. 51 e segs.).

Dividem os juristas americanos as leis de delegação em dois tipos: legislação contingente e legislação suplementar ou regulamentar.

Quanto à primeira, que interessa à espécie, *le législateur*, elucida Schwartz, *rend l'operation ou l'aplication de la loi d'habilitation contigentes à l'existence de certains facteurs ou de certaines conditions, et délègue à l'organe administratif compétent le pouvoir de déterminer l'existence ou l'absence de ces facteurs ou conditions et d'appliquer en conséquence les termes de la loi* (ob. cit., pág. 64).

É sempre, como se vê, uma delegação bitolada, circunscrita a ação administrativa a critérios de atuação.

A Constituição italiana atual deu disciplina adequada ao assunto, ao dispor, no art. 76, que *l'esercizio della funcione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo determinato e per oggetti difiniti.*

Trata-se, escreve Enzo Lignola, de *un potere a causa non libera, ma vincolata* (*La Delegazione Legislativa*, pág. 155).

Donde, assertoa o mesmo publicista: *Sono perciò da considerare costituzionalmente illegitime sia le leggi di delegazione, in cui l'oggeto non sia definito, ovvero riguardi materia non delegabile, sia quelle in cui non siano indicati i principi e criteri direttivi, secondo i quali deve svolgersi l'attività legislativa delegata* (ob. cit., pág. 212).

No Brasil, como vimos, o princípio é o da proibição da delegação de poderes.

Se se quiser, contudo, violentar êsse cânone não se poderá ir além dos países em que se permite a delegação legislativa condicionada.

Ora, não é isso o que ocorre com a Lei municipal n.º 3.571, de 7 de abril de 1937, na qual, após se dispor no art. 1.º quanto à aplicação das exigências do art. 40 do Código de Obras às Avenidas Paulista, Higienópolis, Angélica, Pedro I, Pompéia e Rua Maranhão, estatuiu-se no art. 2.º que "as referidas exigências serão aplicáveis às vias públicas que total ou parcialmente forem

consideradas, por Ato do Prefeito, de caráter estritamente residencial".

Nenhum critério ou princípio diretivo foi estabelecido para a qualificação de uma via pública como residencial, total ou parcialmente, por parte do Prefeito. Para essa determinação, com as conseqüências das restrições ao direito de construir, previstas no Código de Obras, ficou o Executivo de mãos livres, sem outra limitação que a do seu poder discricionário.

Uma tal delegação de poderes, afetando profundamente o direito de construir, não pode ser conferida, mesmo nos países que admitem a delegação, sem a fixação de critério legislativo, ainda que geral, a ser observado pela Administração.

As leis de delegação de poderes devem apresentar um dúplice conteúdo: a par da atribuição de uma competência, a determinação de seu objeto e de critérios diretivos.

Ou, nas palavras de Lignola: *a*) *una prima statuzione avente per oggetto la sostituzione del Governo nell'esercizio di un'attribuzione di un potere nuovo idoneo all'esercizio di tale attribuzione; b*) *una seconda statuzione avente per oggetto la determinazione di detti principi e criteri direttivi, i quali, como si è in precedenza chiarito, sono vere e proprie norme giuridiche* (ob. cit., pág. 151).

Pois bem: a Lei municipal n.º 3.571 em discussão cingiu-se, como se patenteia, ao primeiro efeito, ou seja, o da atribuição de um poder. Não se completou com a delimitação, mediante princípios diretivos, do exercício do poder delegado.

Sem falar na ausência de prazo para a delegação, que é requisito da Constituição italiana, deixou-se ao Prefeito inteiro arbítrio quanto à qualificação de qualquer via pública como estritamente residencial. Nenhum critério ou princípio diretivo se estabeleceu para o uso de tal faculdade.

O poder legislativo delegado, na espécie, consoante Benjamim Cardoso, na tradução de Schwartz, *nest pas canalisé entre des digues qui l'empèchent de déborder. Il vagabonde à loisir...* (ob. cit., pág. 58).

Verifica-se, destarte, que não está em jôgo lei que, consoante a lição, *data venia*, mal aplicada pela respeitável decisão de fls., contenha "a delegação do poder de determinar certos fatos ou um estado de coisas de que dependa, nos têrmos que ela mesma estatuiu, a sua execução ou eficácia".

Na expressão de Aníbal Freire, o Legislativo faz o arcabouço e o Executivo completa a construção.

Na espécie, entretanto, acha-se a Lei n.º 3.571 desprovida de qualquer arcabouço, deixando-se ao Executivo, indevidamente, os dois encargos.

Assim, o Decreto n.º 2.722, de 1954, impondo restrições ao direito de construir, por ato arbitrário do Prefeito, não pode subsistir.

É o que os egrégios Tribunais de Justiça e de Alçada têm decidido em casos análogos (*Revista dos Tribunais*, vols. 250/508, 264, 608 e 265/523).

3. Isto pôsto, reformo a respeitável decisão agravada para conceder, como concedo, a segurança, para que o impetrante possa construir o prédio projetado no aludido terreno, observadas as exigências de recuo e mérito da edificação.

Custas na forma da lei.

Cumpra-se o disposto no art. 11 da Lei n.º 1.533, de 1951.

Recorro de ofício, sem efeito suspensivo, para o egrégio Tribunal de Alçada do Estado.

Publique-se e intimem-se.

São Paulo, 21 de fevereiro de 1958. — *Gentil do Carmo Pinto.*