DIREITO DE CONSTRUIR — RESTRIÇÕES — PODER REGULAMENTAR — DELEGAÇÃO DE PODERES

— Não se confunde o poder regulamentar com a delegação de poderes.

— É legítima a indicação, por ato regulamentar, das vias públicas, que pela sua natureza residencial, incidem nas restrições ao direito de construir, estabelecidas em lei.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Municipalidade de São Paulo *versus* Resmat Ltda.
Agravo de petição n.º 87.259 — Relator: Sr. Desembargador J. G. RODRIGUES DE ALCKMIN

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 87.259, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, sendo recorrida Resmat Ltda.: Acordam em Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento ao recurso para o fim de cassar a segurança concedida, pagas as custas como de direito.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do assistente do Sr. Subprefeito de Santo Amaro, que teria negado aprovação a projeto de construção de depósito e escritório em imóvel do impetrante, com fundamento no art. 1.º do Decreto n.º 3.268, de 1956, que estendeu exigências do art. 40 do Código de Obras à zona em que se situa o referido imóvel, considerando-a zona residencial. Entende a impetrante que o mencionado decreto é ineficaz, porque sòmente a Câmara Municipal poderia legislar sôbre construções, vedada a delegação de poderes ao Prefeito.

Prestadas informações, foi a segurança, finalmente, concedida, com a interposição de recurso oficial.

E tal recurso merece provimento.

A decisão recorrida, embora brilhante, não acolheu a melhor doutrina. Sustenta-se que só a lei pode restringir o direito de propriedade e que o regulamento apenas pode precisar tais restrições, nada lhes acrescentando. E que, como conseqüência, não era possível a delegação de poderes, ao Prefeito, sendo inaplicável a lição de Finlay e Sanderson — invocada em decisão de entendimento contrário — porque, além de expressamente vedada a delegação de poderes no Direito brasileiro. não se fixou qualquer critério à faculdade delegada à Administração.

Na verdade, porém, não há distinguir, no tocante à proibição da delegação de poderes, os sistemas americano do norte e brasileiro. Se é expresso o princípio proibitivo, em nosso Direito, nem por isso o princípio implícito (*delegata potestas non potest delegari*) admite limitações ou temperamentos que aquêle não comporte. Demonstrou Schwartz (*Le Droit Administratif Américain*), aliás, a eficácia prática superior da regra implícita sôbre a regra expressa da Constituição francesa.

Não há considerar, portanto, o poder regulamentar, como delegação do Poder Legislativo. E para que se legitime o poder regulamentar, sem ofensa ao princípio da separação de poderes, apenas não poderá êle ser exercido sem limites. É preciso que haja uma vontade verificável do legislador, à qual se deva

conformar o exercício do poder regulamentar. Mas o legislador não precisa formular, minuciosamente, as normas a serem seguidas pelo poder regulamentar. Bastam diretivas expressas em têrmos gerais, *normes générales plutôt que détailléres.* Mostra Schwartz (ob. cit., págs. 61-63) que critérios amplos, tais como "manutenção de mercados locais e ordenados", "taxas de comissões razoáveis", "métodos de concorrência desleal" têm sido considerados suficientes para que se considere limitado o poder regulamentar, e imune, assim, à tacha de ilegítima delegação de poder.

Por outro lado, o poder regulamentar pode exercer-se não sòmente como regulamentação suplementar ou subordinada (em que *le Congrès ne donne pour ainsi dire qu'un simple squelette de loi qui doit être garni par les règlements des organes administratifs appropriées*), mas também como regulamentação contingente: a aplicação da lei fica sujeita à verificação de certas condições ou fatôres, competindo à Administração apurar a existência de tais fatôres ou condições para determinar a aplicação das normas legais. E com êste critério (como ainda refere Schwartz, ob. cit., pág. 64), concordou a jurisprudência, com as seguintes ponderações: *Vu la complexité croissante des activités humaines, on se trouve placé devant des situations où le contrôle governemental ne peut être exercé que par des lois de ce genre. En de tels cas, le Congrès précise l'intérêt public, fixe les principes généraux du contrôle et remet à un organe administratif la tâche de déterminer, de temps à autre, en des domaines particuliers, les faits qui metent en jeu les principes établis par le Congrès. Bien que l'activité de l'administration qui recherche ces faits... puisse être considérée comme quasi législative, il n'en est ainsi que dans la mesure où la condition statique de la loi est convertie en la condition dynamique. Mais le convertisseur n'est pas l'electricité.*

Ora, no caso em exame, as restrições ao direito de construir, em determinadas zonas, foram estabelecidas em lei, de inegável validade. E ao Prefeito apenas se atribuiu estabelecer, em ato, em face do desenvolvimento da cidade, que determinadas ruas apresentam caráter residencial, ficando sujeitas às restrições estabelecidas em lei no tocante a tais ruas. Não existe, portanto, um poder regulamentar ilimitado: prende-se êle à circunstância de apresentar-se a rua com o caráter estritamente residencial, critério que, com ser expresso em têrmos amplos, não representa, como se demonstrou, uma ilegítima delegação de Poder Legislativo. Nem há cuidar de violação de dispositivo da Lei Orgânica dos Municípios, pois é evidente que o ato administrativo não encerra legislação nem edita normas gerais sôbre construções.

Daí a exata conclusão de um julgado, no sentido de que "o ato inquinado de ilegal não importa legislar sôbre as construções; mas tão-sòmente em aplicar, a uma situação de fato, determinada exigência perfeitamente legal, como seja a indicação das vias públicas que, pela sua natureza residencial, incidem nas restrições já criadas por ato legislativo.

Em face do exposto, improcede a impugnação à legitimidade do Decreto n.º 3.268, de 1956, e, como conseqüência, a pleiteada segurança não era de conceder-se.

São Paulo, 20 de maio de 1958. — *Pinto do Amaral,* Presidente com voto. — *J. G. Rodrigues de Alckmin,* Relator. — *Cardoso Rolim.*