DIREITO DE PROPRIEDADE — ZONEAMENTO — DELEGAÇÃO DE PODÊRES

— Compete à Câmara Municipal, e não ao Prefeito, legislar sôbre zoneamento e impor restrições ao direito de construir.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Prefeitura Municipal de São Paulo *versus* Luís Ferraz de Mesquita
Agravo de petição n.º 27.558 — Relator: Sr. Desembargador NÉLSON PINHEIRO FRANCO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso *ex officio* e agravo de petição n.º 27.558, da comarca de São Paulo, em que são recorrentes o Juízo *ex officio* e a Municipalidade de São Paulo e recorrido, Luís Ferraz de Mesquita: Acordam os Juízes da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada, por votação unânime, repelir a preliminar de decadência e negar provimento aos recursos, confirmando a sentença por seus jurídicos fundamentos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Luís Ferraz de Mesquita contra o despacho do Sr. Diretor do Departamento de Arquitetura da Prefeitura Municipal, que lhe indeferiu o pedido de construção de edifício de apartamentos, com 12 andares, na rua Loureiro da Cruz n.º 180, bairro da Aclimação, nesta Capital. Para assim decidir, fundou-se a autoridade coatora no Decreto n.º 2.722, de 27 de outubro de 1954, que estendeu as exigências do art. 40 do Código de Obras ao bairro da Aclimação. Tal decisão, porém, é ilegal, diz o impetrante. Primeiro, porque não há lei estabelecendo o zoneamento, no local. Em segundo lugar, porque o próprio Decreto n.º 2.722 não proíbe a construção de apartamentos. Apega-se a Prefeitura à Lei n.º 3.571, de 7 de abril de 1937, que assim dispõe: "as referidas exigências serão aplicáveis às vias públicas que total ou parcialmente forem consideradas por ato do Prefeito Municipal, de caráter estritamente residencial". Essa lei, porém, contém uma delegação de podêres, do Legislativo ao Executivo, vedada pela Constituição. Além do que, tal disposição é incompatível com a Lei Orgânica dos Municípios, que, posteriormente, fixou a competência da Câmara Municipal para dispor sôbre o uso das áreas urbanas, regulamentando o zoneamento. A autoridade coatora respondeu que o impetrante decaíra do seu possível direito, porque o despacho denegatório do pedido é de 11 de outubro de 1957, há mais, portanto, de 120 dias. O despacho de 7 de janeiro de 1958, contra o qual o impetrante se rebela, foi proferido, em conseqüência de um pedido de reconsideração. Tal pedido, porém, não suspende o curso do prazo para a segurança. Quanto ao mérito, a planta não podia ser aprovada por infringir o Decreto n.º 2.722-54. A Municipalidade interveio como assistente, nada acrescentando às razões da autoridade coatora. Invocou, porém, várias decisões do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, nas quais se firmou que a Lei n.º 3.571 não era incompatível com a Lei Orgânica dos Municípios. Aqui, diz a Municipalidade, também não se pode falar de uma delegação de podê-

res. O ato do Prefeito, estabelecendo o zoneamento, nada mais é do que a complementação e a regulamentação da Lei n.º 3.571.

Não tem razão a agravante, na sua preliminar. O despacho do qual a Municipalidade conta o prazo de 120 dias foi proferido pelo Chefe da Divisão de Arquitetura. É de ver, porém, que houve recurso para a autoridade que tinha competência para decidir a final — o Diretor do Departamento de Arquitetura. E da decisão do recurso até o ajuizamento do mandado não havia decorrido o prazo preclusivo.

Quanto ao mérito, a sentença também decidiu muito bem a questão. O Decreto n.º 2.722 estendeu as exigências do art. 40 do Código de Obras ao local onde o impetrante pretende edificar. Podia, porém, o Sr. Prefeito assim determinar? Tinha êle competência para isso?

A Prefeitura responde afirmativamente, apegando-se à Lei n.º 3.571, de 7 de abril de 1927, que assim dispõe: "as referidas exigências serão aplicáveis às vias públicas que total ou parcialmente forem consideradas, por ato do Prefeito Municipal, de caráter estritamente residencial". Mas, a Lei n.º 3.571 hoje não mais pode ser invocada por incompatível com a Lei Orgânica dos Municípios, que lhe é posterior e assim dispõe: "compete ao Município, privativamente: regular as construções de qualquer natureza, loteamentos e arruamentos em terrenos particulares, dispor sôbre o uso das áreas urbanas, regulamentando o zoneamento; prover sôbre a defesa estética da cidade, regulamentado os estilos e o equilíbrio das massas de edificação". E acrescenta o art. 32: "cabe à Câmara Municipal legislar com a sanção do Prefeito, sôbre as matérias de competência do Município".

Se a lei posterior atribui competência à Câmara Municipal para legislar sôbre a matéria de que se trata, é visto que o Prefeito não pode, por sua soberana vontade, dispor sôbre o assunto.

Diante dessas considerações, não cabe discutir se a Lei n.º 3.571 contém ou não uma delegação de podêres. Pondere-se, todavia, que a Constituição proíbe tal delegação (art. 36, § 2.º, da Constituição federal). A lição de *Finlay and Sanderson*, invocada na sentença de fls., de que "o Legislativo pode fazer uma lei com a delegação do poder de determinar certos fatos ou em estado de coisas de que depende, nos têrmos em que ela mesma estatuiu e sua execução ou eficácia", ninguém a contesta. Mas, aí, não temos, verdadeiramente, uma delegação de podêres. Apreciando caso idêntico, diz Pontes de Miranda: "a doutrina da Comissão de Justiça era verdadeira naquelas coisas em que a fixação da percentagem ou quotas constitui ato de execução, isto é, em que ao Poder Executivo se concedeu apreciar elementos de fato, dentro de certos critérios estabelecidos, explícita ou implìcitamente pela lei. Aí o Poder Executivo não recebe delegação, apenas exerce a sua função específica, que é executar a lei" (comentários ao art. 36, fls. *Comentários à Constituição de 1946*).

Se a Lei n.º 3.571 pudesse aqui ser invocada, diríamos que ela seria inconstitucional, por violar disposição que veda a qualquer dos podêres delegar atribuições. Veja-se como são simples e indefinidos os seus têrmos: deixa ao livre alvedrio do Prefeito dizer que tais ruas devem ser consideradas de caráter residencial. Mesmo as legislações que admitem a delegação, que chamaríamos temperada, delimitam o campo em que o Executivo vai operar. Eis como a respeito se pronuncia Carlos Ceretti: *Il parlamento, con legge detta di delegazione, autorizza il governo ad esercitare in suo luogo e vece la funzione legislativa per materie speciei e per un determinato periodo di tempo.* E continua o tratadista: *Nel nostro ordinamento si ebbere esempi di leggi delegate sino dai primi tempi dopo*

l'emanazione dello statuto ed essi si rinnovarene constantemente anche negli anni seguenti, tutte le volte che se ne manifesto la necessità pratica. La nuova costituzione (a differenza di quella francese che vieta la delegazione) contempla espressamente l'istituto della delegazione legislativa statuendo che l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggeti definiti (*Curso di Diritto Costituzionale Italiano*, 2.ª ed., fls. 258-9).

Ninguém nega o poder do Executivo de regulamentar a lei. No caso, porém, não existe lei nenhuma que dependa de regulamentação pelo Executivo. Se prevalecesse a Lei n.º 3.571, teríamos pura e simplesmente a substituição da atividade do Legislativo pelo Executivo. "Nem seria possível 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", disse muito bem o Desembargador Batalha de Camargo, relatando o venerando acórdão inserto na *Revista dos Tribunais*, vol. 265-526 (veja-se também o esplêndido voto vencido do eminente Juiz Paulo Barbosa, *in Revista dos Tribunais*, vol. 270-172).

Em tais condições, nega-se provimento aos dois recursos, confirmando-se a douta sentença pelos seus jurídicos fundamentos.

São Paulo, 2 de março de 1959. — *Paulo Otaviano*, Presidente com voto. — *Nélson Pinheiro Franco*, Relator. — *Henrique Augusto Machado.*

*

DECISÃO-RECORRIDA

Vistos, etc.

1. Luís Ferraz de Mesquita, qualificado na inicial, impetra a presente segurança contra ato do Diretor do Departamento de Arquitetura da Prefeitura Municipal de São Paulo, para que lhe seja garantido o direito de construir um edifício de apartamentos em terreno de sua propriedade, à rua Loureiro da Cruz n.º 180, bairro da Aclimação, nesta Capital.

Alega, em síntese, que a autoridade apontada como coatora baseou-se, para não aprovar as plantas, no Decreto n.º 2.722, de 1954, que estendeu ao local referido as exigências do art. 40 do Código de Obras, acrescentando que o indeferimento constitui manifesta violação de seu direito, não só porque inexiste para o local lei estabelecendo *zoning*, como também porque o citado Decreto n.º 2.722 não veda a construção de prédios de apartamentos, além do que é tal decreto inconstitucional, como também ocorre com a Lei n.º 3.571, de 1957, que, como tem sido decidido, versa sôbre uma verdadeira e nítida delegação de podêres, defesa pelo art. 36, § 2.º, da Constituição federal.

Informando, disse o impetrado que o despacho referido na inicial apenas manteve, em pedido de reconsideração, despacho anterior exarado no processo administrativo de n.º 200.028-57. Dessa forma, e datando êsse despacho, que foi publicado em 11 de outubro de 1957, de 9 do mesmo mês, houve decadência do direito do impetrante pelo decurso de prazo superior a 120 dias, porque o pedido de reconsideração não restitui nem devolve prazo. É de se decretar, assim, a decadência dêsse direito. Finalmente, e quanto ao mérito, mesmo que não houvesse decaído o direito do impetrante, ainda assim não lhe assiste razão, pois o indeferimento do seu pedido de aprovação de planta se deu em obediência a normas legais vigentes, porque o projeto não só infringe o Decreto n.º 2.722, de 1954, como, principalmente, a Lei n.º 5.261, de 1957, tudo como se constata do próprio despacho denegatório.

A Municipalidade de São Paulo, intervindo no feito como assistente, se-

cunda as alegações do impetrado, não só em relação à preliminar de decadência, como também relativamente à legalidade do ato impugnado, invocando da mesma forma o Decreto n.º 2.722 e a Lei n.º 5.261 e acrescentando que tais diplomas são aplicáveis porque, segundo a jurisprudência, o Executivo tem o poder de polícia administrativa e o direito de propriedade não é absoluto, estando o interêsse público acima do particular.

O Ministério Público, por entender que o pedido de reconsideração não tem o caráter de recurso administrativo com efeito suspensivo, opinou pela procedência da preliminar de decadência argüida pelo impetrado. E, quanto ao mérito, manifestou-se pela concessão da segurança, entendendo que a Lei Orgânica dos Municípios e modificações subseqüentes tornaram inoperantes os preceitos que conferiam ao Executivo podêres para estender ou modificar unilateralmente o zoneamento da cidade.

A Municipalidade ofereceu fotocópias de várias decisões no sentido do seu ponto de vista, e, junto aos autos o documento de fls., vieram-me os autos conclusos para a decisão, que estou proferindo.

2. Carece de fundamento a preliminar. Como se vê da certidão de fls., o despacho anterior, referido pelo impetrado, foi proferido pelo Chefe de Divisão de Arquitetura, comportando, assim, recurso ou pedido de reconsideração com efeito suspensivo, recurso êsse que foi manifestado em tempo oportuno para o Diretor do Departamento de Arquitetura, que, decidindo a final pela manutenção do indeferimento, o fêz por despacho publicado em data de 7 de janeiro do corrente ano (fls.). Ora, desta data até a da impetração da segurança não se haviam escoado os 120 dias fixados pela Lei n.º 1.533 no seu art. 18, sendo que o ato do qual não cabia recurso administrativo próprio, de efeito suspensivo, foi justamente êsse do Diretor do citado Departamento, e jamais aquêle do Chefe de Divisão.

Quanto ao mérito, é necessário frisar que a segurança não foi impetrada relativamente à Lei n.º 5.261, de 1957, tão insistentemente invocada pelo impetrado e pela Municipalidade, o que, caso ocorresse, viria desmerecer e desagasalhar a segurança, porque, em que pesem as respeitáveis opiniões contrárias, a referida lei municipal, da Câmara Municipal, não é inconstitucional e foi promulgada de acôrdo com a Lei Orgânica dos Municípios (art. 22), fundando-se as restrições nela contidas no art. 147 da Constituição, que subordina o uso da propriedade ao bem-estar social.

Como se vê dos autos, e como está bem esclarecido pelo impetrante em fls., foram oferecidos dois projetos de construção, sendo que o primeiro foi indeferido por infração ao Decreto n.º 2.722 e à mencionada Lei n.º 5.261 (v. fls.), o que ainda vem demonstrar que, relativamente a êsse primeiro despacho não teria cabimento a segurança. Todavia, já o novo projeto, feito com observância das prescrições da legislação edilícia, inclusive da citada lei, foi rejeitado pelo impetrado única e exclusivamente com base no Decreto n.º 2.722, de 1954 (cf. fls.), que estendeu ao local em questão as exigências do art. 40 do Código de Obras.

Dessa forma, cinge-se a solução da espécie ao exame da legalidade, ou não, do referido Decreto n.º 2.722, que o impetrado, com apoio de algumas respeitáveis decisões, afirma ser perfeitamente válido e legal.

Data venia, entendo também que o decreto em questão é, todavia, inoperante, não podendo assim prevalecer.

Pela Lei Orgânica dos Municípios, a matéria pertinente à regulamentação de construções de qualquer natureza é da competência privativa da Câmara Municipal.

Não há dúvida que a lei municipal n.º 3.571, de 1937, permitira a extensão das exigências do Código de Obras

a vias públicas que, por ato do Prefeito, fôssem total ou parcialmente consideradas de caráter estritamente residencial, sendo que justamente com base nesse texto legal, foi que o Chefe do Executivo Municipal baixou o Decreto n.º 2.722, estendendo o *zoning* ao local em que pretende edificar o impetrante.

Ocorre, porém, como salienta o digno representante do Ministério Público (fls.), que de fato a Lei n.º 1, de 18 de setembro de 1947 (Lei Orgânica dos Municípios, renumerada, a partir do art. 16, pela Lei n.º 2.081, de 27 de dezembro de 1952), dispôs que compete ao Município, ou seja, à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito (art. 38), regulamentar as construções de qualquer natureza, dispor sôbre o uso das áreas urbanas, regulamentando o zoneamento, e prover sôbre a defesa estética da cidade, regulamentando os estilos e o equilíbrio das edificações.

Tais prerrogativas decorrem do art. 28 da Carta Magna, que despiu o Município de sua estrutura simplesmente administrativa e concedeu autonomia à organização. Ora, nesse regime novo de exercício de competência, ficou a Lei n.º 3.571 prejudicada, não podendo, assim, o Prefeito, com base nela, estender restrições ao direito de edificação, que já agora dependem de prévia discussão e aprovação do Legislativo Municipal.

Como já tem sido decidido, "nem seria possível 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).

Aliás, os regulamentos administrativos de que fala o art. 572 do Código Civil, como capazes de criar restrições ao direito de construir, afetando assim o direito de propriedade, ou serão leis no sentido literal do têrmo, ou então atos do Poder Executivo, mas expedidos apenas para lhes dar execução, completando-as. Nunca meros atos administrativos, pelos quais o Executivo se substitua ao Legislativo no desempenho de atribuição dêste, como indiscutìvelmente acontecerá se prevalecer o disposto no art. 2.º da Lei n.º 3.571, de 1937, que representa uma verdadeira delegação de podêres, condenada, sem qualquer dúvida, pelo § 2.º do art. 36 da Constituição federal. Como ponderou o eminente Desembargador Paulo Barbosa, em brilhante voto vencido proferido no mandado de segurança n.º 82.545, se tal delegação de podêres "era de se entender tolerável no período que precedeu à restauração da ordem constitucional", jamais isso poderia ocorrer depois, "com a expressa proibição das delegações, ainda que seja ela aplicada com as atenuações que a boa doutrina recomenda" (*in Revista dos Tribunais*, vol. 270-172-174).

Isto pôsto, e não vinculando o Juízo às decisões citadas pela Municipalidade, porque muitas outras também existem em sentido contrário (v. *Revista dos Tribunais*, vols. 250-508, 264-608, 265-523, etc.), também entendo que, inexistindo lei municipal vedando a edificação de prédios de apartamentos na rua em que se localiza o terreno do impetrante, não se lhe pode negar êsse direito, uma vez que se observem as prescrições legais atinentes a recuo e mérito da construção.

3. Em face do exposto, concedo a segurança impetrada para o fim de reconhecer o direito líquido e certo do impetrante construir um prédio de apartamentos em terreno de sua propriedade, sito à rua Loureiro da Cruz n.º 180, observadas as limitações previstas na Lei n.º 5.261, de 1957, e atendidas tôdas as exigências legais de recuo, tratamento arquitetônico, etc.

Custas na forma da lei.

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

Sem prejuízo dos eventuais recursos que possam ser interpostos, recorro de ofício para o egrégio Tribunal de Alçada do Estado, subindo os autos com as necessárias cautelas e no devido prazo.

São Paulo, 11 de setembro de 1958. — *Otávio Gonzaga Júnior.*